



Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2017-00280-01
Demandante	ARCENIA MARÍA POLO MENDOZA
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ARCENIA MARÍA POLO MENDOZA, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el ARCENIA MARÍA POLO MENDOZA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Fols. 1-13 Cdno 1



2.2. Pretensiones

"1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2535 del 13 de julio de 2007 por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado (a)".

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso); le reconozca y una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 13 de noviembre de 2007 equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional".

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), a que reconozca y a mi mandante una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 13 de noviembre de 2007 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la LEY PARA CADA AÑO COMO LO ORDENA LA Constitución Política de Colombia y la Ley.

3. Que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

4. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses en mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.

5. Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de BOLÍVAR, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

6. Se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A (Ley 1437 de 2011)"



13-001-33-33-006-2017-00280-01

2.3 Hechos

La señora ARCENIA MARÍA POLO MENDOZA, laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley para que fuera reconocida su pensión de jubilación por la demandada.

Afirma el demandante que se le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución No. 2535 del 13 de julio de 2007, teniéndose en cuenta solo la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores, tales como la prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Ley 91 de 1989
- Ley 62 de 1985
- Ley 33 de 1985
- Decreto 1045 de 1978

2.4.1. Concepto de la violación

Afirma que, la normativa aplicable al régimen pensional de los docentes es el establecido en la Ley 91 de 1989, en cuanto a la inclusión de la totalidad de los factores manifiesta que dicha solicitud se rige por los Decretos 3135 de 1968, Ley 1969 y 1045 de 1978.

En cuanto a los descuentos, indica que si no fueron realizados de las primas y bonificaciones que percibía en su actividad docente, el mismo debe ordenarse en el último año de servicio. Y el valor de sus prestaciones sociales y salariales deberán ser incluidos en el monto de su pensión.

2.5. Distrito de Cartagena de Indias².

La entidad dio contestación de la demanda, teniendo por cierto los hechos del 1 al 3 de la demanda, en cuanto a las pretensiones se opone a la totalidad de las mismas.

Con relación a los argumentos de defensa, manifiesta que en la Resolución 2535 de 2007, no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales por no serlos, al no implicar una contribución directa de la labor prestada como docente.

²Fols. 34-38



13-001-33-33-006-2017-00280-01

Indica que la norma aplicable para la base de cotización para determinar el monto del valor mensual de la pensión de jubilación, es además de la Ley 812 de 2003, la Ley 91 de 1989, Decreto 3752 de 2003, Ley 812 de 2001 y Ley 715 de 2001.

Asegura que la accionante adquirió el derecho de pensión el 13 de julio de 2007 y su afiliación se dio previo a la ley 812 de 2003, por lo que se debe aplicar la Ley 33 de 1985, en el que se determina que salario es todo aquello que devengue el trabajador, por lo que al no ser la prima de navidad una contribución directa no puede tenerse como mesada pensional.

2.6. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio³

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión de la actora gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

Afirma que la pretensión del demandante no se encuentra ajustada a derecho puesto que, no es viable conforme a la ley el reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado, durante el año anterior al cual adquirió el status de pensionada.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuaron de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez la demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente.

Como excepciones propone la ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia de 18 de septiembre de 2018, la Juez Sexto Administrativa del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones del accionante.

³ Fols. 66-78 cdno 1

⁴ Fols. 149-151 cdno 1.





13-001-33-33-006-2017-00280-01

Al respecto sostuvo que la pensión ordinaria de jubilación de un docente vinculado al Magisterio oficial antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, así el status se adquiriera con posterioridad a estas normativas, se liquida conformando el ingreso base de liquidación con los factores devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo para acceder a dicha prestación periódica, y los aludidos factores son los establecidos de forma taxativa por las leyes 33 y 62 de 1985, o sobre los que se demuestre que efectivamente se cotizó para pensiones, como lo indicó de forma precisa y concreta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

En cuanto a la normatividad aplicable, se estableció que a la actora le resultaban aplicables las normas generales contenidas en la Ley 33 de 1985, la cual fue examinada en el mismo acto de reconocimiento pensional, lo que significaba que la ley 33 de 1985 se aplicaba para; la edad de consolidación del derecho, tiempo de servicio y el 75% de la tasa de reemplazo. Se determinó que para calcular el IBL le correspondía el promedio de salarios sobre los cuales cotizó el último año.

Por último, manifiesta que el único factor sobre el cual realizó aportes al Sistema de Seguridad Social fue la asignación básica, tal y como se tuvo en cuenta en la Resolución 2535 de 2007, mediante la cual se le reconoció la pensión.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

Por medio de escrito del 28 de septiembre de 2018 la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En cuanto a las razones de su inconformidad, manifiesta que le fue aplicada la sentencia de unificación del año 2018, siendo que la misma trata de determinar las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores cobijados por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, grupo selecto del cual no hacen parte por la exclusión expresa del artículo 279 ibidem, los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Afirma que, durante el último año de servicio, la actora devengó los siguientes conceptos: asignación básica mensual, desconociendo factores como prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación especial. En ese sentido determina que el establecimiento de los regímenes de transición tiene

⁵ Fols. 142-153 Cdno 1





13-001-33-33-006-2017-00280-01

como propósito garantizar las expectativas legítimas de una persona en una situación jurídica determinada.

En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ellos previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los últimos diez años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición se exceptúan en la aplicación del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, puesto que la norma que establece el índice base de liquidación es una norma desfavorable cuya aplicación retroactiva desconoce los principios del derecho laboral.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 24 de octubre de 2018⁶, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 10 de abril de 2019⁷; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de junio de 2019⁸.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹: La parte accionante presentó alegatos de conclusión.

6.2. Alegatos de FIDUPREVISORA¹⁰: La parte presentó su escrito el 3 de julio de 2019; solicita se de aplicación a la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

⁶ Fol. 2 Cdno 2

⁷ Fol. 100 Cdno 2

⁸ Fol. 105 Cdno 2.

⁹ Fols. 108-115 cdno 2

¹⁰ Folio 116-120 Cdno 2.





13-001-33-33-006-2017-00280-01

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3. Acto administrativo demandado.

Resolución No. 2535 del 13 de julio de 2007¹¹, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación nacionalizado a la señora Arcenia María Polo Mendoza.

7.4. Problema jurídico.

Procede la Sala a resolver el siguiente problema jurídico, estructurado de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, así:

¿Cuál es la norma que rige los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación de los docentes afiliados al FOMAG que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

De cara a lo anterior, se entrará a establecer cuál es la normatividad aplicable para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación del demandante, de forma que se determine si debe ser liquidada la mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

7.5. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, puesto que, las razones se sustentan en la aplicación del precedente jurisprudencial planteado por la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que estableció el régimen aplicable a los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad de la Ley 812 de 2003; así las cosas, la normatividad que regula la situación del actor se encuentra en la Ley 91 de 1989 que remite a la Ley 33 de 1985 para servidores públicos, aduciendo que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional son exclusivamente los citados en la Ley 33.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) La normativa aplicable para la pensión de los docentes afiliados al FOMAG; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Caso concreto; y (iv) Conclusión.

¹¹ Fols. 14-16 Cdn0 1



13-001-33-33-006-2017-00280-01

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹².

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia así como la primera subregla, "no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición".

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹³.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

7.6.2 Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del

¹² Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹³ *Ibidem*.





13-001-33-33-006-2017-00280-01

Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003". (Subrayado fuera del texto)

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

"I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres."

7.6.3. Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)

El literal B del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren



13-001-33-33-006-2017-00280-01

a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º señala:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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."

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente.

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado¹⁴ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

¹⁴ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁵ Ibídem.



13-001-33-33-006-2017-00280-01

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo." (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹⁶ vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

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

- La demandante prestó sus servicios como docente nacionalizado desde el 12 de mayo de 1976 hasta el 15 de noviembre de 2006 y obtuvo el status pensional el 12 de noviembre de 2006 fecha en la que cumplió los 55 años de edad y en la que contaba con un tiempo de servicio de más de 20 años.¹⁷
- Mediante la Resolución No. 2535 del 13 de julio de 2007 se le reconoció pensión de jubilación a partir del 13 de noviembre de 2006, visible a folios 14-16 del expediente.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 12 de noviembre de 2005 y el 12 de noviembre de 2006¹⁸.
- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica¹⁹.

¹⁶ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁷ Fol. 14 cdno 1; Resolución 2535 del 13 de julio de 2007

¹⁸ Fol. 15 cdno 1; Resolución 2535 del 13 de julio de 2007

¹⁹ Fol. 14 cdno 1; Resolución 2535 del 13 de julio de 2007



13-001-33-33-006-2017-00280-01

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora ARCENIA MARÍA POLO MENDOZA, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 2535 del 13 de julio de 2007²⁰, en calidad de docente nacionalizado, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra acreditado que el último año de servicio anterior al status de pensionado del actor fue el que transcurrió entre el año 2005 y 2006.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación de la señora Arcenia María Polo Mendoza al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 12 de mayo de 1976.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señala el juez de primera instancia, tesis sostenida en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, al determinar que los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al actor, las reglas fijada en la sentencia citada, señalan los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y sobre los cuales se hubieran efectuado los correspondientes aportes, a saber:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

²⁰ Fols. 14-16 del Cdno 1



13-001-33-33-006-2017-00280-01

Como se muestra, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 20-22, los factores relacionados allí (prima de navidad, vacaciones y alimentación) no hacen parte la Ley 33.

Por tanto, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores **devengados** en el último año de servicio, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como fue solicitado en la demanda.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada por encontrarse conforme a las reglas previstas por la jurisprudencia.

7.8. Conclusiones.

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es negativa, la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicio, en el entendido que al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 33 artículo 3 y 62 artículo 1 de 1985, los únicos factores salariales permitidos son los aquí contenidos, sobre los que efectivamente se realizaron cotizaciones.

VII.- COSTAS -

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.



13-001-33-33-006-2017-00280-01

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de septiembre de 2018, proferida por el Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

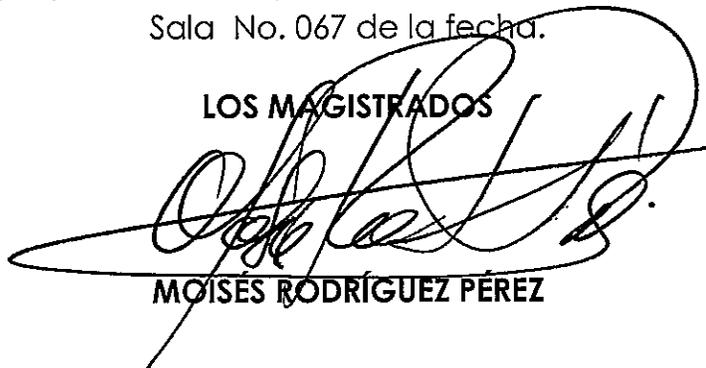
SEGUNDO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

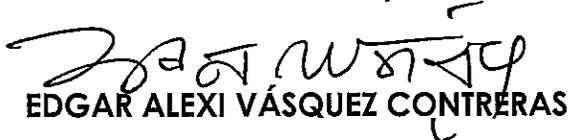
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 067 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE