Fol 42 C-2

Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de diciembre de dos mil dos mil diecinueve (2019).

| | |
|---|---|
| **Medio de control** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **Radicado** | **13-001-33-33-007-2017-00120-02** |
| **Demandante** | **EVANGELINA ROMERO MERCADO** |
| **Demandado** | **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** |
| **Magistrado Ponente** | **MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ** |
| Tema | *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- Principio no reformatio in pejus.* |

## I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por EVANGELINA ROMERO MERCADO, 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 demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, por la señora EVANGELINA ROMERO MERCADO, 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. 1-12 del Cdno 1

## 2.2. Pretensiones:

*"1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1176 del 11 de febrero de 2015, 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 la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 0952 del 09 de febrero de 2017, a través de la cual negó la solicitud de ajuste de la Resolución N° 1176 del 11 de febrero de 2015, en lo que tiene que ver con dicha determinación por cuanto no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.*

*3. Declarar que mi representado tiene derecho a que se le reconozca y una pensión de jubilación, a partir del 12 de julio de 2014 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 de pensionado, 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 12 de julio de 2014 equivalente al 75% del promedio delos 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 dela pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.*

*3. Que se efectué el pago sobre las mesadas atrasadas, reconocer, liquidar, y pagar los intereses en mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A.*

*4. 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 al artículo 195 del C.P.A.C.A (Ley 1437 de 2011) y siguientes.*

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

**2.3 Hechos**

La señora Evangelina Romero Mercado, laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial, y cumplió con los requisitos de ley para el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Que a través de Resolución No. 1176 del 11 de febrero de 2015, le reconocieron la pensión de jubilación, incluyendo como base de la liquidación pensional la asignación básica y la prima de vacaciones, desconociendo los demás factores percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento de su status de pensionado.

El 11 de noviembre de 2016, solicitó a la entidad la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al cumplimiento de su status de pensionado; sin embargo, la entidad a través de Resolución N° 0952 del 09 de febrero de 2017, negó tal solicitud.

**2.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Ley 91 de 1989, artículo 15
- Ley 33 de 1985 artículo 1.
- Ley 62 de 1985.
- Decreto 1045 de 1978.

Expone la demandante que la inclusión de factores salariales se rige por la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta todos los factores que devengó durante el último año de prestación de servicio.

Afirma que, la Ley 91 de 1989 es norma especial dirigida a los docentes afiliados al Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la misma derogó lo dispuesto en la normatividad anterior, en lo relativo al ingreso base de liquidación reiterando el artículo 15 numeral 2 literal b.

**2.5. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio[2]:**

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.

[2] Fols. 36-48 cdno 1

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 status de la pensión.

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 IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia de 12 de febrero de 2018, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo, que sí es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta además de la asignación básica, todos los factores salariares percibidos en el último año de servicios, habida cuenta que es una empleada pública cobijada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, a quien le resulta aplicable el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° la Ley 62 de 1985, disposición de conformidad con la cual la pensión debe liquidarse con base en todos los factores devengados en el último año de servicios, según la interpretación que de dicho precepto hizo el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial de 4 de agosto de 2010, reiterada en la sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016 emitida por esa Corporación.

Por lo anterior, resolvió condenar a la entidad demandada, a reliquidar la pensión de jubilación de la actora con base en el promedio de todos los factores que hayan sido devengados durante el año anterior a la adquisición de su status pensional, en un porcentaje del 75% incluyendo la asignación

[3] Fols. 61-66 Cdno 2.

básica, y los demás factores salariales de creación legal, como es la prima de navidad.

## IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 20 de febrero de 2018 la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que debió ordenar la inclusión de la prima de servicios.

En cuanto a las razones de su inconformidad, manifiesta que el A-quo negó la inclusión de la prima de servicios por considerar que la demandante no percibió ni la devengó al momento de adquirir el status pensional, desconociendo lo dispuesto en la Ley 91 de 19889 y las demás normas concordantes, al igual que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Asegura que, el acto administrativo demandado excluyó la prima de servicios y de navidad devengadas por la actora el último año, muy a pesar de que fueron devengados conforme a los certificados expedidos por la entidad, y los cuales fueron allegados al proceso, por lo que manifiesta que el Decreto 1545 del 19 de julio de 2013 creó la prima de servicios para el personal docente, fijada de manera gradual a partir del 2014 la cancelación de dicho emolumento, convirtiéndose en factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales de los mismos.

Por lo anterior, solicita se revoque de manera parcial la sentencia apelada y se resuelva que la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional incluyendo la prima de servicios.

## V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 15 de agosto de 2018[5], por lo que se procedió a dictar auto admisorio el 10 de diciembre de 2018 resolviendo admitir el recurso de apelación de la parte demandante e inadmitiendo el de la parte demandada[6]; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 08 de abril de 2019[7]. Este último fue objeto de recurso por arte del Ministerio Público el 12 de abril de 2019[8] y resuelto el 04 de julio de 2019[9].

---

[4] Fols. 73-81 Cdno 2
[5] Fol. 3 Cdno apelación
[6] Fol. 18 Cdno apelación
[7] Fol. 25 Cdno apelación
[8] Fol. 28 cdno apelación
[9] Fol. 36 cdno apelación

## VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Parte demandante**[10]**:** Presentó escrito de alegatos el 24 de abril de 2019, ratificándose en los hechos de la demanda y el recurso de alzada.

**6.2. Parte demandada:** No presentó escrito de alegatos.

**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

### 7.2. Competencia.

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

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme el artículo 320 y 328 del C.G.P.

### 7.3. Acto administrativo demandado.

- Resolución No. 1176 del 11 de febrero de 2015, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente a la señora Evangelina Romero.
- Resolución No. 0952 del 09 de febrero de 2017, por medio de la cual se negó la solicitud de reajuste de la pensión de jubilación.

### 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?*

[10] Fols. 30-33 cdno apelación

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 salariares devengados en el último año de servicio.

**7.5. Tesis de la Sala**

La Sala de Decisión, desatando el recurso de apelación de la parte demandante, CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en virtud del principio de la no reformatio in pejus por ser apelante único, muy a pesar de que no sea la posición reiterada de esta Sala de decisión.

Las razones de lo anterior, 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 de la actora 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.

**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 FOMAG[11].**

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".*

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

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 jurídica[12].

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 1°, 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 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,*

[12] *Ibídem.*

*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 a partir del 1° de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° 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 1° 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 Estado[13] 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 1° de la Ley 62 de 1985 modificatorio del artículo 3° 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 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.*
>
> *50. El artículo 1° 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 Estado[14], 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:

> *"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de1985, 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 docentes[15] vinculados a partir de 1° 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la

---

[13] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.
[14] Ibídem.
[15] Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

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 distrital desde el 11 de julio de 1994 al 11 de julio de 2014 y obtuvo el status pensional el 12 de julio de 2014, fecha en la que cumplió los 20 años de servicio[16].
- Mediante la Resolución No. 1176 del 11 de febrero de 2015 se le reconoció pensión de jubilación en cuanta de $2.256.175, a partir del 11 de julio de 2014[17].
- Que mediante Resolución No. 0952 del 09 de febrero de 2017, se niega una solicitud de reajuste de la pensión de jubilación de la actora[18].
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la reliquidación pensional fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 11 de julio de 2013 a 11 de julio de 2014 y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica, prima de vacaciones y horas extras[19].
- Certificado laboral del accionante, en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes y prima de servicios.[20]

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora EVANGELINA ROMERO MERCADO le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 1176 del 11 de febrero de 2015[21], en calidad de docente distrital, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra acreditado que el último año de servicio

[16] Fols. 17-18 Resolución 1176 de 2015.
[17] Fols. 17-18 Cdno 1
[18] Fols. 19-20 cdno 1
[19] Ver nota al pie No. 17
[20] Fols. 23 cdno 1
[21] Fols. 17-18 cdno 1

anterior al status de pensionado del actor fue el que transcurrió entre el año 2013-2014.

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 Evangelina Romero Mercado al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 11 de julio de 1994.

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 la juez de primera instancia, tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU 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 a la actora, 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

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 incluírsele en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica y horas extras puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 21-23, los factores relacionados allí (prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones) no hacen parte la Ley 33/1985.

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.

Sin embargo, y pese a lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada, como se ha venido manifestando, en virtud del principio de la no reformatio in pejus, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un apelante único, soportando los presentes argumentos en las anteriores consideraciones.

**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.

## 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.

## 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 12 de febrero de 2018, proferida por la Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

**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. 085 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**