Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de agosto de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00280-01**
Demandante	**MARTHA CECILIA VILLA 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.*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de 20 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por MARTHA CECILIA VILLA MERCADO, por conducto de apoderada 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, la señora MARTHA CECILIA VILLA MERCADO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento e contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite o hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1] Fols. 1 -14 del Cdno 1

2.2. Pretensiones

"1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1938 del 19 de agosto de 2009 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 lo 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 No. 4449 del 08 de junio de 2007(Sic), a través de la cual negó la solicitud de ajuste de la Resolución No. 1938 del 19 de agosto de 2009, 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(a) tiene derecho a que la(Sic) LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 30 de julio de 2008 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 pensionad(a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

(...)

1. Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – 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 30 de julio de 2008 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 indicado, que son lo que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Condenar a la(Sic) LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – 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. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) por tener interés en las resultas del proceso), a que realice efectué el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del (a) pensionado(a). Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

5. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha del a ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) por tener interés en las resultas del proceso)."

2.3. Hechos

La señora MARTHA CECILIA VILLA MERCADO laboró más de veinte años como docente oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del FOMAG.

Que la pensión de jubilación de la demandante le fue reconocida a través de la Resolución No. 1938 de 19 de agosto de 2009 donde únicamente se le tuvieron en cuenta la asignación básica mensual y la prima de vacaciones; sin embargo, no fueron incluidos la prima de navidad y demás factores salariale percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del sta jurídico de pensionada.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

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

2.4.1. Concepto de la violación

Expone la demandante que se debe decretar la nulidad de los actos acusados teniendo en cuenta que la entidad accionada omitió su deber de incluir todos los factores a los que tiene derecho, vulnerando así, disposiciones legales y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado.

Que las disposiciones normativas contenidas en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en la Ley 1151 de 2007 relacionados con el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, definen las pautas que deben ser tenidas en cuenta para determinar el régimen prestacional aplicable a ellos tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen será el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas; pero si, dicha vinculación se produce después de la expedición de la citada norma, estos docentes estarán bajo el régimen prestacional prescrito en la Ley 100 de 1993.

Concluyó que, el régimen que debe observarse es el establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta ese momento, es así que, se la norma a regir será la Ley 33 de 1985 que conforma el salario base para calcular la mesada pensional, enunciando los factores a tomar en cuenta, los cuales no son taxativos y podrán incluirse otros.

2.5. Contestación del Fondo Nacional 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.

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

[2] Fols. 45-59 Cdno 1

de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado durante el año anterior al estatus de la pensión.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó 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 20 de junio de 2018, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demandante.

Al respecto sostuvo que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, ya se encontraba prestando sus servicios como docente nacional, lo que permitió establecer que la norma aplicable es la Ley 33 de1985. Que la entidad administrativa solo tuvo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones y aplicó un 75%, lo cual no es acertado pues la demandante durante el último año de servicio devengó prima de vacaciones y de navidad, por tanto procede la reliquidación; sin embargo, resaltó que las vacaciones según el Consejo de Estado no constituyen factor salarial y que la prima de navidad es de causación anual, por tanto, su inclusión es en una doceava parte.

Señaló que le asistía el derecho de la reliquidación pensional tomando como base todos los factores salariales que hubieran sido devengados de manera habitual y periódica durante el último año anterior a la adquisición del status, tales como prima de navidad, de vacaciones y demás factores devengados; por último, ordenó el reajuste del valor y pago de los factores a partir del 5 de abril de 2014, puesto que las mesadas anteriores se encuentran prescritas.

[3] Fols. 95-101 Cdno 1

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 5 de julio de 2018, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia manifestando que en ella no se tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico general aplicable al caso, puesto que, el Decreto 1048 de 1972 excluyó de manera expresa su aplicación al régimen de los docentes, por ello, no podía el juez de primera instancia aplicarlo al caso concreto.

Que el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales es el que se encuentra en la Ley 91 de 1989 donde se contempla mejores condiciones laborales a los docentes que las establecidas a los demás servidores públicos; por esas características propias de la actividad docentes, se justifica que régimen sea diferente.

Igualmente, señaló que en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se enuncia la aplicación de la norma estableciendo que el FOMAG no pagará las siguientes prestaciones, que continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, tales como primas de navidad, de servicios, de alimentación, de vacaciones, subsidios familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 31 de agosto de 2018[5], por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 21 de marzo de 2019[6]; y se corrió traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019[7].

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[8]: La parte accionante mediante escrito del 25 de junio de 2019 presentó alegatos de conclusión, señalando que se encontró plenamente demostrado el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez y se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda.

---

[4] Fols. 103-114 Cdno 1
[5] Fol. 2 Cdno 2
[6] Fol. 17 y vto Cdno 2
[7] Fol. 21 Cdno 2.
[8] Fols. 24-28 Cdno 2

6.2. Alegatos de la parte demandada[9]: La parte accionada mediante escrito del 25 de junio de 2019 presentó alegatos de conclusión, indicando que al demandante solo deben tomársele los factores taxativos del artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y que en el proceso no quedó probado que el acto administrativo estuviera viciado de ilegalidad.

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.

7.3. Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 1938 de 19 de agosto de 2009[10], por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación nacional a la señora MARTHA CECILIA VILLA MERCADO.

- Resolución No. 4449 de 8 de junio de 2017[11], por la cual se resuelve solicitud de ajuste pensional.

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 el salario base de liquidación de la pensión, a 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 de la demandante, de forma que se determine si debe ser liquidada la mesada pensional teniendo en

[9] Fols. 29-32 y vto Cdno 2
[10] Fols. 19-21 Cdno 1
[11] Fols. 22-24 Cdno 1

cuenta la totalidad de los factores salariares devengados en el último año de servicio o únicamente los establecidos en la Ley 33 de 1985.

7.5 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, puesto que, las razones de esta instancia 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, modificada por la Ley 62 de 1985.

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[12].

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 jurídica[13].

---

[12] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.
[13] *Ibídem*.

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, 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."*

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[14] 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:

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

"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[15], 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[16] 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 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:

---

[15] Ibídem.

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

- La demandante prestó sus servicios como docente nacional desde el 18 de febrero de 1980 hasta el 1 de septiembre de 1994[17] como entidad nominadora la Alcaldía de Santa Rosa Norte y de 29 de septiembre de 1994 hasta el 29 de julio de 2008[18], fecha en la obtuvo el status pensional al cumplir 55 de años, al FOMAG, con un tiempo de servicio de más de 31 años.

- Mediante la Resolución No. 1938 de 19 de agosto de 2009, la Secretaría de Educación Distrital, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, le reconoció pensión de jubilación a favor de la demandante a partir del 29 de julio de 2008.

- Mediante solicitud[19] radicada el 21 de agosto de 2016, la demandante solicitó ante la demandada la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior al status pensional.

- Mediante la Resolución No. 4449 de 8 de junio de 2017[20], la Secretaría de Educación Distrital, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, resolvió la solicitud de reliquidación pensional y negó la inclusión de todos los factores salariales.

- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido en el último año de servicio anterior al status[21].

- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica y la prima de vacaciones[22].

- Los factores salariales devengados durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones[23].

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora MARTHA CECILIA VILLA MERCADO, le fue reconocida la pensión vitalicia de

---

[17] Fols. 19 Cdno 1; Resolución No. 1938 del 19 de agosto de 2009
Formato único para la expedición de certificado laboral FOMAG consecutivo No. 17975
[18] Fols. 26-27 Cdno 1; Formato único para la expedición de certificado laboral FOMAG consecutivo No. 0
[19] Fols. 15-16 Cdno 1; petición ante el FOMAG.
[20] Fols. 22-24 Cdno 1; Resolución No. 4449 de 8 de junio de 2017.
[21] Fols. 19 del Cdno 1; Resolución No. 3955 de 26 de diciembre de 2016
[22] Ibídem.
[23] Fols. 28 y vto del Cdno 1. Formato único expedición de certificado de salarios Consecutivo No. 0

jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 1938 del 19 de agosto de 2009[24], en calidad de docente nacional, 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 pensionada fue el que transcurrió entre el año 2007 y 2008.

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 Martha Cecilia Villa Mercado al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 29 de septiembre 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 91 de 1989, es decir, de conformidad con la Ley 33 de1985 de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al actor, las reglas fijadas 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 del demandante, solo podía incluírsele en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folio 25 y vto, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33.

[24] Fols. 19-21 del Cdno 1

De los anterior, tenemos que 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.

En ese orden de ideas, aunque el Juez de Primera Instancia consideró de manera acertada la normatividad aplicable al caso, no hizo lo mismo, respecto a que factores salariales debían ser incluidos para calcular el monto de la pensión de jubilación, por ello, la sentencia de primera instancia será revocada, por ir en contra del precedente judicial y las reglas expuestas en la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, donde dejó sentado el régimen aplicable y los factores salariales que se deben incluir a los docentes del servicio oficial.

7.8. Conclusiones.

Colofón de lo anterior, la respuesta al interrogante jurídico planteado es negativa, el 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 91 de 1989 y el de servidores públicos de la Ley 33 de 1985, los únicos factores salariales permitidos son los que esta última contiene en su artículo 3 y 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.

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: REVOCAR la sentencia del 20 de junio de 2018, proferida por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En consecuencia, **NIEGANSÉ** las pretensiones elevadas por la señora MARTHA CECILIA VILLA MERCADO, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido contra el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas en esta providencia.

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

CUARTO: 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. 59 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE