



Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de noviembre dos mil dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00043-01
Demandante	ANTONIA MERCEDES MONTES DE ROMERO
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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- contra la sentencia de 04 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por ANTONIA MERCEDES MONTES DE ROMERO, 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<sup>1</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora ANTONIA MERCEDES MONTES DE ROMERO, 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,

<sup>1</sup> Fols. 1-12 del Cdno 1



## 2.2. Pretensiones

"1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6005 del 23 de noviembre de 2012 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 parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6386 del 31 de agosto de 2017, a través del cual se revisó y reajustó la Resolución N° 6005 del 23 de noviembre de 2012, 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 tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 21 de enero de 2011 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 pensionada, 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 21 de enero de 2011 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 al 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)"



## 2.3 Hechos

La señora Antonio Montes de Romero, laboró al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.

Afirma el demandante que para la liquidación de su pensión de jubilación, únicamente se le tuvieron en cuenta la asignación básica mensual y la prima de vacaciones, desconociendo los demás factores, tales como la prima de navidad, percibida durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionada.

## 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.

### 2.4.1. Concepto de la violación

Expone la demandante que la inclusión de factores salariales se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta todos los factores que devengó durante el último año de prestación de servicio.

Afirma que, la entidad demandada en el acto de reconocimiento de la pensión ordinaria, omitió incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales.

## 2.5. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup>

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 status de la pensión.

<sup>2</sup> Fols. 44-56 cdno 1



13-001-33-33-008-2018-00043-01

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<sup>3</sup>**

Por medio de providencia de 4 de octubre de 2018, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo, como base de la decisión los lineamientos esbozados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado en la sentencia del 28 de agosto de 2018, especialmente el aparte que establece *“los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones”*, y como quiera que al revisar la actuación procesal, se advierte que no existe en su interior prueba alguna que certifique, que a favor de la señora Antonia Montes de Romero, su empleador, cotizó durante el año anterior a la obtención de su status de pensionado, tomando o teniendo en cuenta la prima de navidad y otros factores salariales diferentes a la asignación básica, a la prima de vacaciones y a la prima de alimentos,

Por otro lado, manifestó que de la sentencia de unificación citada se extraía que, para los docentes vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003 como el caso de la actora, la regla de transición no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 91 de 1989. Es por ello que consideró que las pretensiones de la demandada no tienen vocación de prosperar.

<sup>3</sup> Fols. 77-84 del Cdno 1.



#### IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>

Por medio de escrito del 08 de octubre de 2018 el demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, trayendo a colación innumerables sentencias proferidas por las Altas Cortes al respecto.

En cuanto a las razones de su inconformidad, manifiesta que no es aplicable al caso concreta el precedente citado por el A-quo, no solo porque la propia sentencia expresamente lo determinar en establecer el contenido de la decisión no aplica a los docentes, sino por cuanto no se puede interpretar que los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación que fue el estudio unificado que se determinó, para quienes si se encuentran o no, en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, opera para quienes fueron excluidos de cualquier aplicación de la ley propia ley en su artículo 279.

Por otro lado, indica que ingresó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional previsto es la Ley 91 de 1989.

Asegura que, quienes se encontraban cobijados por las norma de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su 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 exceptúan la aplicación, en todo o parte, del nuevo régimen consagrado en la Ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundamentales del derecho laboral.

Por lo anterior, solicita se revoque y se resuelva que el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que no se tuvo en cuenta por la entidad.

#### V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 15 de noviembre de 2018<sup>5</sup>, por lo que se procedió a dictar auto

<sup>4</sup> Fols. 85-103 Cdno 1

<sup>5</sup> Fol. 2 Cdno 2



13-001-33-33-008-2018-00043-01

admisorio del recurso el 12 de abril de 2019<sup>6</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de junio de 2019<sup>7</sup>.

### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>:** Presentó alegatos de conclusión el 3 de julio de 2019

**6.2. Alegatos Fiduprevisora<sup>9</sup>:** Presentó su escrito el 28 de junio de 2019, solicita sea aplicada 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

#### **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. 6005 del 23 de noviembre de 2012, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente a la señora Antonia Montes de Romero y la Resolución No. 6386 del 31 de agosto de 2017, el cual revisó y ajustó la primera.

#### **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?*

<sup>6</sup> Fol. 50 Cdno 2

<sup>7</sup> Fol. 54 Cdno 2.

<sup>8</sup> Folios. 63-70 cdno 2

<sup>9</sup> Folio 57-62 Cdno 2.





13-001-33-33-008-2018-00043-01

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 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<sup>10</sup>.

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

<sup>10</sup> Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.



13-001-33-33-008-2018-00043-01

judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica<sup>11</sup>.

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 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*

<sup>11</sup> *Ibíd.*



13-001-33-33-008-2018-00043-01

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 1º 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 2º 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 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren 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 Estado<sup>12</sup> 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

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





13-001-33-33-008-2018-00043-01

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 Estado<sup>13</sup>, 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 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 docentes<sup>14</sup> 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.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.



### 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 09 de marzo de 1992 hasta el 20 de enero de 2011 y obtuvo el status pensional el 20 de enero de 2011 fecha en la que cumplió los 58 años de edad<sup>15</sup>.
- Mediante la Resolución No. 6005 del 23 de noviembre de 2012 se le reconoció pensión de jubilación a partir del 21 de enero de 2011<sup>16</sup>.
- 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 20 de enero de 2010 al 20 de enero de 2011 y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica y la prima de vacaciones<sup>17</sup>.
- Posterior a ello, se expide la Resolución 6386 del 31 de agosto de 2017, por medio de la cual se ajusta la pensión de jubilación de la demandante por cuotas partes y se accede a la inclusión de la prima de alimentación como factor base de la liquidación<sup>18</sup>.
- Petición radicada por la actora el 8 de febrero de 2016 ante la entidad demandada, en el que solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios<sup>19</sup>.
- Certificado laboral de la demandante<sup>20</sup>.

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora ANTONIA MONTES DE ROMERO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 6005 del 23 de noviembre de 2012<sup>21</sup>, 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

<sup>15</sup> Fols. 17-19

<sup>16</sup> Fols. *Ibidem*

<sup>17</sup> Fols. Fol. 17 Resolución 005 de 2012.

<sup>18</sup> Fol. 20-22 Resolución 6386 de 2017.

<sup>19</sup> Fols. 15-16 cdno 2

<sup>20</sup> Fols. 23-27 cdno 1

<sup>21</sup> Fols. 17-19 cdno 1



13-001-33-33-008-2018-00043-01

anterior al status de pensionado del actor fue el que transcurrió entre el año 2010-2011.

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 Antonia Montes de Romero al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 02 de mayo de 1989.

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 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 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.

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 1º 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 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 23-27, los factores relacionados allí (prima de navidad, prima de alimentación y vacaciones) no hacen parte la Ley 33. No obstante, la Resolución 6005 del 2012, tiene en cuenta no solo la asignación básica sino la prima de vacaciones para liquidar la asignación de retiro, y posterior a ello la Resolución No. 63861 del 31 de agosto de 2017,





13-001-33-33-008-2018-00043-01

reconoce la prima de alimentación como factor salarial, en virtud a ello, los actos administrativos conservan su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

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 (prima de navidad)** 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, 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 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.



13-001-33-33-008-2018-00043-01

**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 04 de octubre de 2018, proferida por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó 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 de la fecha No. 083.

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

**CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE**

