

Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00082-01
Demandante	MARINA MELÉNDEZ BARRIOS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – confirma sentencia que niega derecho</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de abril de proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene en su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13-001-33-007-2018-00082-01

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la pensión de los docentes, con la inclusión de todos los factores salariales, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1. Pretensiones³.

En la demanda se solicita que se accedan a las siguientes peticiones:

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo No 3629 del 16 de septiembre de 2017 por medio del cual niega la revisión y reajuste de la pensión de jubilación por factores salariales.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por el silencio administrativo negativo en relación con el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, el cual fue presentado el 9 de octubre de 2017.

TERCERO: Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a la señora MARINA ESTHER MELÉNDEZ BARRIOS el ajuste de Pensión de jubilación a partir del día siguiente al de haber cumplido (20) años de servicio a la educación y (55) años de edad conforme a las ordenanzas 15 de 1941 y 9 de 1945, cuyas mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado por ella, por el concepto de sueldos y demás salarios en el último año de servicio anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio junto con los reajustes legales correspondientes.

CUARTO: Que el valor resultante de la pensión se reajuste en los términos del artículo 187 del CPACA y se condene en costas.

² Folio 1-5 cdno 1

³ Folio 1 cdno 1

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora MARINA ESTHER MELÉNDEZ BARRIOS, nació el 24 de febrero de 1956, por lo que cumplió los 55 años de edad el 26 de febrero de 2011; adicionalmente, prestó sus servicios como docente al Departamento de Bolívar y a otros entes territoriales durante más de veinte (20) años, por lo que el 14 de enero de 2012 adquirió el status jurídico para pensionarse.

Mediante Resolución No. 04-3494 del 26 de diciembre de 2013, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, tomando como factores de liquidación, únicamente la asignación básica.

La accionante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reajuste de su pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir, que le incluyera la prima de navidad, la cual no había sido tenida en cuenta.

La entidad dio respuesta negativa a esta petición mediante Resolución 3629 del 16 de septiembre de 2017, por lo que contra la misma se presentó un recurso de reposición, el cual no fue respondido.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que, con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: Constitución Política de Colombia, artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 84; Ley 4 de 1966 artículo 4; Decreto 1848 de 1969, artículo 73; Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 1, párrafo 1; Ley 115 de 1994, artículo 115; Ley 812 de 2003 artículo 81; Ley 489 de 1998 artículo 3; Decreto 2831 de 2005 artículo 5; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21; acto legislativo 01 de 2005.

La parte actora sostiene que ha laborado por más de veinte (20) años en la docencia oficial y, cumplió con la edad de 55 años para obtener su pensión de vejez, la cual fue reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, teniendo en cuenta para su liquidación únicamente la asignación básica, pero sustentándose jurídicamente en que la mesada pensional corresponde el 75%

⁴ Fols. 1-2 cdno 1



13-001-33-007-2018-00082-01

promedio de los actores salariales devengados en el último año de servicio, sin que estos efectivamente fueren tenidos en cuenta.

Explica que, en el acto administrativo mediante el cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ordena el pago de la pensión de jubilación de la demandante, se aplica, entre otras, la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, desconociendo así el ordenamiento legal, que al respecto establece que la pensión de jubilación debe ser equivalente al 75% del salario devengado en el año anterior al cumplimiento de los requisitos de ley, o el último año de servido. Aunado a lo anterior, el Honorable Consejo de Estado ha sido enfático en aclarar las dudas respecto de la norma que se debe aplicar al momento de efectuar la liquidación, en el siguiente sentido: *"la fecha de ingreso al servicio educativo oficial de cada docente es el factor que fija el régimen pensional que le será aplicable, y no la fecha de causación del derecho es así como los docentes al servicio del Estado, se pensionan con el régimen que les corresponda según se haya vinculado al servicio Público Educativo antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003(...)"*,

Indica que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no tiene ningún tipo de fundamento fáctico o legal, que le permita denegar el derecho que le asiste a la accionante a que se le reajuste de la prisión con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio – con la inclusión de la prima de navidad – además su sustento es una clara aplicación errónea de la ley, ya que la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003 no operan en este caso.

3.2. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁵.

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 al actor gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

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

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de

⁵ Folio 39-52



13-001-33-007-2018-00082-01

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 de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente (Ley 100/93 y 797/03).

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.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 30 de abril de 2019, la Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la nueva línea jurisprudencial del Consejo de Estado, restringe la interpretación que hay que darle a las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985, en especial, al artículo 3 de dicha normativa, en este sentido, se debe entender que i) solo los factores sobre los cuales se le haya realizado los aportes o cotizaciones y que ii) se encuentren enlistados en la ley, pueden incluirse como elementos salariales en la liquidación de la mesada pensional.

Así pues, al quedar acreditado en el caso de marras que la prima de navidad no hace parte de los factores salariales consagrados en el artículo 3 de la 33 de 1985, se deberán negar las pretensiones de la demanda.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 no es aplicable al caso concreto, como quiera que en la misma se definen reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; mientras que, los docentes afiliados al FOMAG, por tratarse empleados

⁶ Folio 106-112 cdno 1

⁷ Folio 123-125 Cdno 1



13-001-33-007-2018-00082-01

públicos del régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989, se encuentran exceptuados de dicha norma.

Sostiene, que a los docentes se les aplica la Ley 33/85 por remisión expresa de la Ley 91/89, más no por el art. 36 de la Ley 100/93, por lo que no le son aplicables las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación mencionada; indica que la Ley 100/93 es aplicable únicamente a los docentes que se hubieran vinculado al servicio del Estado después de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Afirma, que para efecto de establecer los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las pensiones, deben tenerse en cuenta todos aquellos factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica. En ese orden de ideas, debe entenderse que la Ley 91/89 no limitó los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión, por lo que tampoco es posible que se apliquen de manera taxativa los factores establecidos en la Ley 33 y 62/85.

Alega en su defensa la sentencia de tutela emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 27 de septiembre de 2018, por medio de la cual dicha sección expuso que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no era aplicable a los docentes.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 18 de junio de 2019⁸, sin embargo, mediante auto del 9 de octubre de 2019 se ordenó devolver el expediente al juzgado de origen, a fin de que incorporara al proceso la sentencia dictada en primera instancia, como quiera que en el proceso no había copia de la misma.

El proceso en mención, regresó al Tribunal el 31 de octubre de 2019⁹, con las correcciones solicitadas, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 27 de febrero de 2020¹⁰; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 23 de septiembre de 2020¹¹.

⁸ Folio 3 Cdno 2

⁹ Folio 8 Cdno 2

¹⁰ Folio 10 Cdno 2

¹¹ Folio 14 Cdno 2



3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Parte demandada: No presentó escrito de alegatos.

3.6.3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹²: Presentó escrito de alegatos solicitando que se mantenga la decisión de primera instancia.

3.6.4. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- 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,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho la señora Marina Meléndez Barrios a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que el accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de la adquisición del estatus, como quiera que, el precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

¹² Folio 18-25 cdno 2



13-001-33-007-2018-00082-01

del Consejo de Estado, determinó que, a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, solo deben reconocérsele los factores señalados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹³.

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 jurídica¹⁴.

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.

5.4.2 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:

¹³ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁴ *Ibídem*.



13-001-33-007-2018-00082-01

“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.”

5.4.3 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 registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)



13-001-33-007-2018-00082-01

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 Estado¹⁵, 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 modificadorio 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 Estado¹⁶, 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

¹⁵ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁶ Ibídem.



13-001-33-007-2018-00082-01

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 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 docentes¹⁷ 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%.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

Las pruebas relevantes aportadas al proceso son las siguiente:

- Registro civil de nacimiento de la señora Marina Esther Meléndez Barrios, en el que se da cuenta que esta nació el 24 de febrero de 1956 y cumplió los 55 en el año 2011¹⁸.
- Resolución No. 04-3494 del 26 de diciembre de 2013, por medio de la cual se reconoció a la accionante una pensión de jubilación por haber laborado para el Magisterio por 20 años (cumplidos el 14 de enero de 2012), y contar con la edad de 55 años (cumplidos el 24 de febrero de 2011). La pensión se le reconoció sobre el 75% del sueldo básico y la prima de vacaciones¹⁹.
- Resolución No. 3629 del 16 de septiembre de 2017, por medio de la cual el Departamento de Bolívar negó la reliquidación de la pensión de la accionante²⁰.

¹⁷ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁸ Folio 7 cdno 1

¹⁹ Folio 8-10 cdno 1

²⁰ Folio 12



13-001-33-007-2018-00082-01

- Recurso de remoción presentado contra la decisión anterior de fecha 9 de octubre de 2017²¹.
- Certificado de factores salariales en el que se advierte que la señora Mery Becerra, en el último año de servicios de servicios 2012 devengó lo siguiente: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones²²

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En este caso, se demanda la nulidad de la Resolución No. 3629 del 16 de septiembre de 2017, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se niega la reliquidación de una pensión de jubilación a la demandante. De igual forma, se demanda la nulidad del acto ficto que resolvió de forma negativa el recurso de reposición contra la anterior decisión.

Adentrándonos al caso en particular, se tiene por demostrado que la señora Mariela Meléndez, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 04-3494 del 26 de diciembre de 2013, por haber prestado sus servicios como docente estatal²³.

Que en dicho acto administrativo se expuso que la accionante contaba con los requisitos para acceder a la pensión; por lo que se le reconoció la misma con una mesada pensional liquidada sobre el 75% del sueldo básico, la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2011-2012).

En ese orden de ideas, como quiera que la vinculación de la demandante se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (20 de febrero de 1990), el régimen pensional aplicable a la misma es el previsto en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, deben determinarse las reglas a aplicar para calcular la pensión de la interesada. En la sentencia de primera instancia, el juez de conocimiento denegó las pretensiones de la demanda apoyado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de agosto de 2018, en la cual se cambia el criterio de interpretación frente a los factores salariales que componen la pensión de vejez. Así las cosas, consideró que no era posible la inclusión de la prima de navidad en este evento, porque la

²¹ Folio 14-15 cdno 1

²² Folio 16-17 cdno 1

²³ Folio 8-10 y 101 cdno 1



13-001-33-007-2018-00082-01

misma no se encontraba enlistada en la Ley 33 y 62/85, ni se demostró cotización sobre tal emolumento.

A su turno, la parte actora presentó recurso de apelación manifestando que la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 no es aplicable al caso concreto, como quiera que en la misma se definen reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; mientras que, los docentes afiliados al FOMAG, por tratarse empleados públicos del régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989, se encuentran exceptuados de dicha norma. Que, a los docentes se les aplica la Ley 33/85 por remisión expresa de la Ley 91/89, por lo que, para efecto de establecer los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las pensiones, deben tenerse en cuenta todos aquellos elementos que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica.

En este punto es importante resaltar que, si bien es cierto, la sentencia de unificación de agosto de 2018 se refirió a la posición que se debía adoptar frente a la reliquidación de las pensiones regidas por el artículo 36 de la Ley 100/93, que no es el caso de la demandante, lo cierto es que los razonamientos generales realizados en el tema de los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión son los mismos para todo tipo de pensión, es decir, solo se deben tener en cuenta los factores que taxativamente determine la ley o sobre los cuales se haya realizado cotización el afiliado.

Por otro lado se tiene que, el Consejo de Estado profirió una sentencia de unificación para el tema de la reliquidación pensional de los docentes, que es la Unificación del 25 de abril de 2019, que señala que los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, son los taxativamente establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985; es decir, reitera el planteamiento hecho en la sentencia de agosto de 2018. En ese orden de ideas, no está llamado a prosperar este argumento por parte de la accionante.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, esta Corporación procederá a revisar los factores salariales reconocidos a la demandante para efectos de verificar si existe alguno que debió ser incluido en su pensión y no se tuvo en cuenta. Así las cosas, en cuenta esta Judicatura que, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985

13-001-33-007-2018-00082-01

los elementos que se pueden tener en cuenta para la liquidación de la pensión son los siguientes:

- 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.

Conforme con el certificado laboral del accionante, se observa que, en el año 2012-2013 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la señora Mery Becerra devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones**²⁴.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso particular del demandante solo podía incluirse, en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo con el certificado aportado²⁵, los otros factores relacionados allí (prima de navidad y prima de vacaciones), no hacen parte del listado taxativo que contiene la Ley 33 y 62 de 1985, ni se encuentran catalogados en ninguna otra ley como factores que deban ser incluidos en el reconocimiento de la pensión; además de lo anterior, la interesada no acreditó que hubiera realizado aportes sobre dichos emolumentos por lo que, no debían ser reconocido como parte del IBL en el acto administrativo demandado.

Ahora bien, debe resaltarse en esta instancia, que en la Resolución No. 04-3494 del 26 de diciembre de 2013, se reconoció la prima de vacaciones, factor éste que no cumplen con los requisitos establecidos en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019 para ser parte del IBL; sin embargo, sobre la misma no se emitirá ningún pronunciamiento, como quiera que ese no es el objeto de este litigio.

En mérito de lo expuesto, encuentra la Sala que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de la adquisición del estatus pensional; lo anterior, en aplicación de la sentencia SU del 25 de abril

²⁴ Folio 16-17 y 101 cdno 1

²⁵ Folio ibidem



13-001-33-007-2018-00082-01

de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que determinó que, a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, solo se les debían reconocer los factores señalados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión.
Así las cosas, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

5.6. De la condena en costa.

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.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.



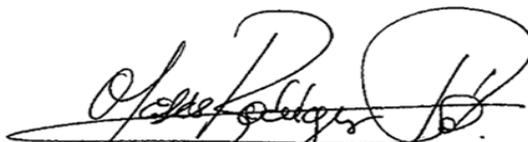
13-001-33-007-2018-00082-01

TERCERO: NOVENO: 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 virtual No. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ