

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00245-01
Demandante	ROBINSON RUÍZ CAMPO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA
Tema	Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia del 12 de diciembre de 2018², proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³

3.1.1. Pretensiones⁴.

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

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de la Resolución 171 del 11 de julio de 2014, por medio de la cual la secretaría de Educación Nacional le reconoció al actor una pensión de jubilación.

SEGUNDO: Que, a título de restablecimiento del derecho, se le ordene relíquidar la pensión del demandante con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

¹ Folio 113-121 pdf 02

² Folio 103-112 pdf 02

³ Folio 1-17 cdno 2

⁴ Folio 1-2 cdno 2

13-001-33-33-014-2017-00245-01

TERCERO: Se inaplique el Decreto I Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y 1 Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal.

3.1.2. Hechos⁵.

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

El señor ROBINSON RUZ CAMPO prestó sus servicios como docente durante más de veinte (20) años, cumpliendo los requisitos para pensionarse; por lo que dicha prestación le fue reconocida mediante Resolución No 171 del 11 de julio de 2014, en la que solo se incluyó la asignación y la prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta los demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año anterior al cumplimiento del status.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁶.

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 gozan de presunción de legalidad, la cual no fue desvirtuada en el proceso.

Afirma que la pretensión de la 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 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 inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, compensación y genérica.

⁵ Folio 2 cdno 1

⁶ Folio 78-91 cdno 1

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

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

Expuso que, en el caso bajo estudio, se aportó el certificado de salarios de la accionante del cual se desprendía el accionante devengó entre el año 2013-2014: la asignación básica, pago sueldos de vacaciones, prima de navidad y prima de vacaciones docentes, horas extras entre los años 2013 y 2014. Ahora bien, leída la Resolución No. 171 del 11 de julio de 2014, se constata que para liquidar la pensión de jubilación reconocida al demandante, solo se tuvo en cuenta como factores la asignación básica y prima de vacaciones, sin incluir el pago sueldo de vacaciones la prima de navidad y horas extras.

Indicó también que, el sueldo de vacaciones y prima de navidad, no se encuentran contemplados en la Ley 33/85, como factores para liquidar la pensión de jubilación, por tanto, no hay lugar a ordenar la reliquidación pensional de la actora con inclusión de estos. Por otro lado, encontró que las horas extras si se contemplaron en la norma en comento, debiendo en consecuencia ordenar la reliquidación de la pensión del demandante disponiendo su inclusión.

A su turno, declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 2 de octubre de 2014; y no condenó en costas.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁸

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, alegando que la aplicación de la sentencia de unificación del 2018 al caso concreto, no constituye un precedente judicial para este caso, toda vez que en el mismo se estudia una situación fáctica distinta a la aquí contemplada, la cual es el régimen de transición de la Ley 100/93.

Insiste en que, para determinar los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, conforme lo prevé el art 15 de la ley 91 de 1989, deben tenerse en cuenta las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro. En consecuencia, el señor ROBINSON RUZ CAMPO tiene y le asiste el derecho a que le sean incluidos todos los factores salariales en su pensión de jubilación.

⁷ Folio 103-112 pdf 02

⁸ Folio 113-121 pdf 02

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 22 de julio de 2021⁹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de enero de 2022¹⁰ y, en el mismo se corrió traslado para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos, y el Ministerio Público no rindió 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 el señor ROBINSON RUIZ CAMPO derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de la prima de navidad y las vacaciones devengadas en el último año de servicios anterior al retiro?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que, al actor no le asiste derecho al demandante a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales antes mencionados, devengados en el último año de servicios anterior al retiro, porque no están incluidos en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, reformado por la Ley 62 del mismo año. Ello, con fundamento en la sentencia SU del 25 de abril de 2019.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

⁹ Pdf 03

¹⁰ Pdf 05

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cubre a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹¹.

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 cubre 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 cubiertos 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 jurídica¹².

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:

“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

¹¹ sentencia su 014 de 25 de abril de 2019, de la sala plena de lo contencioso administrativo, consejo de estado.

¹² *ibidem*.



13-001-33-33-014-2017-00245-01

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 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.

5.5 CASO CONCRETO

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

En este caso, se demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 171 del del 11 de julio de 2014, por medio del cual se liquidó la pensión reconocida al señor Robinson Ruz Campo; por cuanto, el accionante considera que debieron incluirse en la pensión todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status.

Antes de entrar a analizar los supuestos de hecho probados en el proceso, destaca esta Corporación que el recurso de apelación se fundamenta en el argumento de que, la sentencia unificación de 28 de agosto de 2018 no le es aplicable por cuanto estudió una situación diferente al caso concreto planteado en esta demanda.

Al respecto, considera el Despacho que, si bien es cierto que la sentencia en mención estudia el evento de la reliquidación pensional de las personas que son beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100/93, y que el actor es un docente a quien se le aplica la Ley 91/89, lo cierto es que en la providencia de unificación del año 2018, el Consejo de Estado dicta directrices que son de aplicación transversal a los casos de revisión de pensiones, por factores salariales, puesto que, es clara en determinar que solo es procedente la inclusión de los factores salariales que se encuentren descritos en la ley, sobre los cuales el interesado haya realizado cotización.

En efecto, en el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia **SU del 25 de abril de 2019**¹³, en la que indicó que, para el régimen de los Maestros, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985:

"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 Estado¹⁴, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en

¹³ sentencia su 014 de 25 de abril de 2019, de la sala plena de lo contencioso administrativo, consejo de estado.

¹⁴ ibídem.



13-001-33-33-014-2017-00245-01

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 docentes¹⁵ 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%.

Finalmente, es preciso indicar que, el Consejo de Estado, en la sentencia en cita, dispuso que las reglas jurisprudenciales fijadas en dicho pronunciamiento, se debían acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como en vía judicial, a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, adentrándonos al caso en particular del demandante, tenemos que, conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor Robinson Ruz Campo, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Magangué, mediante Resolución No. 171 del 11 de julio de 2014¹⁶ la cual fue liquidada teniendo en cuenta el 75% de los siguientes valores: **asignación básica y prima de vacaciones**¹⁷.

Ahora bien, para efectos de determinar los factores salariales a tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, debe acudirse a lo establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario

¹⁵ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁶ Folio 18-20 cdno 2

¹⁷ Debe tenerse en cuenta que, como quiera que la vinculación de la accionante fue ante de la expedición de la Ley 812/03, su régimen pensional es el contemplado en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia.



13-001-33-33-014-2017-00245-01

- 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

De acuerdo con el certificado de factores salariales traído al proceso, se tiene que, el señor Robinson Ruz Campo, en el último año de servicios de servicios anterior al status pensional – 2013-2014 - devengó lo siguiente: asignación básica, **suelo de vacaciones, prima de navidad**, prima de vacaciones docentes y **horas extras**¹⁸.

Contrastada la información anterior, con la resolución demandada, se tiene que los factores dejados de incluir en la pensión, fueron el sueldo de vacaciones, prima de navidad y las horas extras. Sin embargo, solamente las horas extras se encuentran enlistadas en la Ley 33 y 62 de 1985 por lo que solo procede la inclusión de estas últimas, y no de las otras prestaciones, pues no demostró que las hubiera cotizado al sistema; luego entonces, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.6 De la condena en costa.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo [47](#) de la Ley 2080 de 2021 determina que señala, “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. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

Por otra parte, 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 de forma desfavorable el asunto. Como quiera que la demanda prosperó parcialmente sobre las horas extras, no fue presentada sin carencia o fundamento legal y después de presentada la apelación, se expidió la sentencia SU del 25 de abril de 2019, que se refiere especialmente a la situación de los docentes, por lo que el cambio de jurisprudencia no puede afectar a los recursos presentados, con una condena en costas.

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,

¹⁸ Folio 22-23 pdf 02

VI.- FALLA:

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

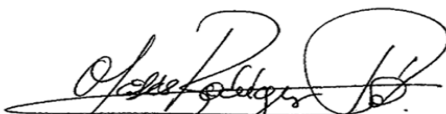
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

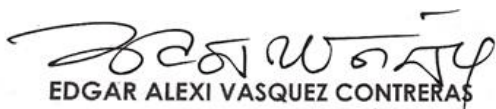
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 04 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ