



Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00100-01
Demandante	AROLDO OLMOS HOYOS
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, contra la sentencia de 25 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por AROLD OLMOS HOYOS, 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 demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor AROLD OLMOS HOYOS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Fols.1-13 y vto Cdno 1.



13-001-33-33-008-2017-00100-01

2.2. Pretensiones

"1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 8404 del 03 de diciembre de 2014 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. 0474 del 26 de enero de 2017, a través de la cual negó la solicitud de ajuste de la Resolución No. 8404 del 03 de diciembre de 2014, 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 18 de agosto de 2014 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 18 de agosto de 2014 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 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.



13-001-33-33-008-2017-00100-01

3. 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 realice efectuó 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 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 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 de la 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 en costas 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)."

2.3 Hechos

El señor AROLDOLMO HOYOS 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 del demandante le fue reconocida a través de la Resolución No. 8404 de 03 de diciembre de 2014 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 salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Concluye que el día 11 de octubre de 2016 solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores



13-001-33-33-008-2017-00100-01

salariales devengados durante el último año anterior al status pensional, pero le fue negado mediante Resolución No. 0474 del 26 de enero de 2017.

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 el 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 Magisterio²

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión de la actora gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

² Fols. 45-57 Cdno 1



13-001-33-33-008-2017-00100-01

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

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuaron de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez el 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, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia de 25 de enero de 2018, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo que con base en las sentencias de unificación del Consejo de Estado de agosto de 2010 y febrero de 2016, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se puede concluir que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1º de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años de servicios cotizados, indicando que en ellos se aplicaría el régimen anterior a la Ley 100 de 1993; por lo tanto, el demandante no tenía la edad ni el tiempo requerido para la transición, lo cual no lo hace beneficiario del mismo. En ese sentido, señaló el A quo que el demandante al no ser beneficiario de la transición no le son aplicables las disposiciones anteriores, esto es, las leyes 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, por ello la reliquidación solicitada no tiene vocación de prosperidad y con lo anterior negó las pretensiones de la demanda.

³ Fols. 114-122 Cdno 1



13-001-33-33-008-2017-00100-01

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Recursos de la parte demandante⁴

Por medio de escrito del 8 de febrero de 2018 la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que el Juez de Primera Instancia realizó una argumentación jurídica acertada pero el análisis final de la providencia termina contrariando el estudio explicativo que había expuesto, si bien, señaló que la reseña hecha por el juzgado sobre que los docentes nacionales o nacionalizados vinculados con anterioridad al 27 junio de 2003 se les aplica las normas vigentes para servidores públicos es decir la Ley 33 de 1985, concluyó de manera errada que no se podían aplicar las normas anteriores por no ser beneficiaria de la transición dispuesta en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Afirma la demandante que el *A quo*, con su decisión ocasionó un abuso de derecho pues se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes pensionales para fines incompatibles por el ordenamiento jurídico; que el juzgado incurrió en defecto sustantivo y falta de motivación por ser incongruente los fundamentos jurídicos y la decisión.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 13 marzo de 2018⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 3 de septiembre de 2018⁶; y se corrió traslado para alegar de conclusión el 22 de noviembre de 2018⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁸: mediante escrito del 7 de diciembre de 2018, el actor alegó de conclusión manifestando que se encuentra demostrado en el proceso su calidad de docente, el acto mediante se le reconoció la pensión y el cálculo que se hizo para liquidar la mesada pensional sin la inclusión de los factores reclamados, por tanto, tiene derecho a la reliquidación.

⁴ Fols. 123-137 Cdno 1

⁵ Fol. 2 Cdno 2

⁶ Fol. 4 y vto Cdno 2

⁷ Fol. 25 Cdno 2.

⁸ Fols. 51-56 Cdno 2.





13-001-33-33-008-2017-00100-01

6.2. Alegatos de la parte demandada⁹: mediante escrito del 5 de diciembre de 2018, la demandada se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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. 8404 de 3 de diciembre de 2014¹⁰, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación al señor AROLD OLMOS HOYOS.

Resolución No. 0474 de 26 de enero de 2017¹¹ mediante la cual se niega la reliquidación pensional solicitado por el demandante.

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 del demandante, de forma que se determine si debe ser liquidada la mesada pensional teniendo en cuenta la

⁹ Fols. 28-32 Cdno 2.

¹⁰ Fols. 18-19 Cdno 1

¹¹ Fols. 20-22 Cdno 1



13-001-33-33-008-2017-00100-01

totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio o exclusivamente los indicados en la Ley 33 de 1985.

7.5 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, empero, a diferencia de lo indicado por el a quo, 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 FOMAG¹².

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

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



13-001-33-33-008-2017-00100-01

judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹³.

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

¹³ *Ibidem.*



13-001-33-33-008-2017-00100-01

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."

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 registrarán 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 Estado¹⁴ 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

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



13-001-33-33-008-2017-00100-01

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 Estado¹⁵, 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 docentes¹⁶ 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%.

¹⁵ Ibídem.

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



13-001-33-33-008-2017-00100-01

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:

- El demandante prestó sus servicios como docente de vinculación nacional desde el 18 de agosto de 1994¹⁷ y obtuvo el status pensional el 17 de agosto de 2014¹⁸ fecha en la que cumplió con 20 años de servicios prestados.
- Mediante la Resolución No. 8404 de 3 de diciembre de 2014 la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, reconoció pensión de jubilación a favor del demandante a partir del 18 de agosto de 2014 por valor de \$1.396.878.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido entre el 18 de agosto de 2013 y el 17 de agosto 2014¹⁹.
- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron sueldo básico y prima de vacaciones²⁰.
- Los factores salariales devengados durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones²¹.
- El demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al status de pensionado²² y le fue negada mediante la Resolución No. 0474 de 26 enero de 2017.
- Como se observa, los factores devengados por el demandante en el último año que no fueron incluidos en la base de liquidación fueron las primas de navidad y la prima de servicios.

¹⁷ Fols. 24 y vto del Cdno 1; Formato único para la expedición de certificado laboral FOMAG Consecutivo No. 0

¹⁸ Fols. 18 del Cdno 1; Resolución No. 8404 de 3 de diciembre de 2014.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Fols. 23 y vto del Cdno 1. Formato único expedición de certificado de salarios Consecutivo No. 0

²² Fols. 16-17 del Cdno 1; Solicitud de reliquidación pensional ante FOMAG.



13-001-33-33-008-2017-00100-01

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor AROLD OLMOS HOYOS, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 8404 del 3 de diciembre de 2014, en calidad de docente de vinculación 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 pensionado del actor fue el que transcurrió entre el 18 de agosto de 2013 y el 17 de agosto de 2014.

Igualmente, ante la solicitud realizada por el demandante sobre la reliquidación pensional, se avizora que fue negada por la demandada mediante Resolución No. 0474 de 26 enero de 2017.

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 del señor Arold Olmos Hoyos al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 18 de agosto de 1994²³.

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, a diferencia de lo señalado por el Juez de Primera Instancia, el demandante no lo cobija el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 por expresa disposición legal en su artículo 279, por tanto, tiene derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985 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 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

²³ Fols. 24-25 del Cdno 1; Formato Único para la expedición de certificado laboral FOMAG Consecutivo No. 0



13-001-33-33-008-2017-00100-01

- 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 incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folio 23, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33.

Por tanto, el 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.

No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de vacaciones 1/12, factor que no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al 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.

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 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



13-001-33-33-008-2017-00100-01

turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de enero de 2018, proferida por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

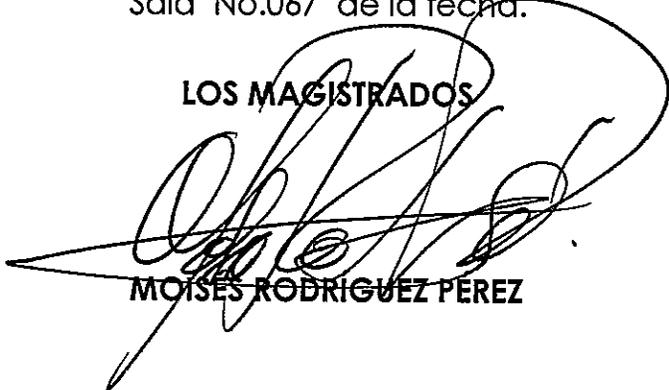
SEGUNDO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

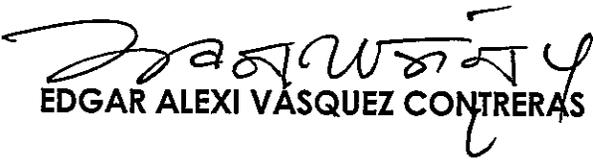
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.067 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

0

0