

Cartagena de Indias D. T. y C, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

<b>Medio de control</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-013-2013-00410-01
<b>Demandante</b>	Leyla María Marsiglia Hernández
<b>Demandado</b>	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras
<b>Tema</b>	Reliquidación pensión docente

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la demandada contra la sentencia del 29 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda (fs. 13-23).

**3.1.1. Pretensiones:** La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación - Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

*"1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 04-1442 del 20 de agosto de 2013, expedida por el Secretario de Educación del Departamento de Bolívar, mediante la cual resuelve en forma negativa la solicitud de ajuste de la pensión de jubilación a mi poderdante, a fin de que se incluyera la totalidad de los factores salariales devengados en el año de consolidación del derecho a la pensión.*

*2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, se reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales, a partir de la fecha en que adquirió el*

13-001-33-33-013-2013-00410-01

*estatus de pensionado, 12 de marzo de 2007, junto con los reajustes legales correspondientes.*

*3. Como restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión Ordinaria de Jubilación de mi mandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, como son: prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores.*

*4. Se ordene a la Entidad demandada que sobre la pensión inicial de mi mandante se le reconozca, liquiden y paguen los reajustes consagrados en la Ley 71 de 1988.*

*5. Se condene que la pensión decretada sea ajustada en los términos del artículo 187 inciso cuarto del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula.*

*6. Condenar en costas a la entidad demandada, en los términos del Código de Procedimiento Civil.*

*7. Que se condene a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 numeral 4 inciso 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

### **3.1.2. Hechos**

Para sustentar sus pretensiones la parte demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

Prestó sus servicios como Docente durante más de 20 años, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 4305 del 16 de noviembre de 2007, en cuantía de \$1.466.619, efectiva a partir del 12 de marzo de 2007; no obstante, para efectos de la liquidación solo incluyó la asignación básica, desconociendo los demás factores salariales tales como la prima de navidad y prima de vacaciones.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

La parte demandante consideró vulnerada los artículos 2, 13, 48, 53 de la Constitución Política; 15 de la Ley 91 de 1.989; Ley 812 de 2003, Ley 115 de 1994 y Leyes 33 y 62 de 1985.

Sostuvo que en el sub - lite, los fines del Estado se desnaturalizan, pues no se está garantizando ni el respeto, ni la efectividad de principios y derechos como los

13-001-33-33-013-2013-00410-01

derechos adquiridos, y el principio de aplicación de la ley. Además, la está desprotege al no reconocer el derecho prestacional en los términos de la ley.

Agregó que se violó el principio fundamental consagrado en el artículo 2º de la Constitución, al negarse a reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año de consolidación del derecho.

Señaló que el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho, toda vez que en este se desconoce por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Así mismo desconoce que al presente asunto se deben aplicar las Leyes 33 y 62 del 1985, conforme a las cuales se deben tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, los factores salariales devengados el último año de servicio.

### **3.2. Contestación de la demanda. (fs. 42-56)**

**La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG**, se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que los actos acusados se encuentran amparados por la presunción de legalidad.

Sostuvo que no es viable que se le reajuste la pensión de vejez de la parte demandante, con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

La liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, *"por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."*, cuyo artículo primero dispone que: *"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."*

La resolución que reconoció la pensión de la parte demandante fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003 el cual establece que *"la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo*

13-001-33-33-013-2013-00410-01

*Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente".*

Desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han estipulado los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4 de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

Los factores salariales para pensión quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante, la Ley 33 de 1985 determinó en su artículo 1ª que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Los docentes tienen la calidad de servidores públicos y no están cobijados por el régimen especial de pensiones, como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha establecido que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 fue modificado por la Ley 62 de 1985, la cual estableció los factores que se deben tenerse en cuenta en la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión y para el reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso, las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se registrarán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquéllos y el régimen de la entidad territorial para éstos.

El artículo 15 de la citada ley establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan en el futuro.

13-001-33-33-013-2013-00410-01

Ley 812 de 2003, o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, y condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales, a partir de la fecha de su entrada en vigencia, cotiza el educador al FNPSM.

Dicha ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al FOMAG es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 establece en su artículo 3 que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente; y que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002; es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

Para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

### 3.3. Sentencia apelada (fs. 211-226).

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 29 de marzo de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

**“PRIMERO. DECLARAR** probada de oficio la excepción de prescripción de las mesadas causadas desde el 12 de marzo de 2007 hasta el 6 de marzo de 2010, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO. DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 04-1442 de 20 de agosto de 2013, **siempre y cuando se cumpla por la parte demandante la condición señalada en la parte considerativa de esta sentencia** es ello que la señora Leyla María Marsiglia Hernández, dentro del término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de este fallo, manifieste de forma clara e inequívoca a la Nación — Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio si opta por la prestación periódica — pensión jubilación reconocida en la Resolución No. 4305 de 16 de noviembre de 2007, o en la Resolución No. 1390 de 10 de diciembre de 2007.

**TERCERO.** Cumplida la condición dispuesta en el numeral anterior, y que se encuentra en cabeza de la demandante señora Leyla María Marsiglia Hernández, **ORDENAR** a la Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a título de restablecimiento del derecho:

**3.1** Reconocer de forma definitiva y vitalicia la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora Leyla María Marsiglia Hernández, identificada con la cédula de ciudadanía No.34.963.506, a partir del 12 de marzo de 2007 en la suma de \$1.654.834,16 que corresponde al 75% sobre los factores devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional.

**3.2.** En cuanto a las diferencias resultantes entre la mesada pensional cancelada y la reliquidada, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, y que no fueron considerados en la Resolución No. 4305 de 16 de noviembre de 2007 serán indexadas dando aplicación al artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y por ende a la siguiente fórmula:

**3.3** Descontar los aportes que, sobre los factores correspondientes primas de alimentación especial, de exclusividad, de navidad y de vacaciones correspondan, si sobre ellos no se realizaron con destino a la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **3.4** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez se allane la condición impuesta a la parte demandante.

**CUARTO.** ORDENAR a la Nación — Ministerio de Educación — Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que si dentro del plazo dado a la parte actora en el numeral segundo de esta parte resolutive, no le es indicado por la señora Leyla María Marsiglia si opta por la pensión de jubilación reconocida

13-001-33-33-013-2013-00410-01

mediante Resolución No. 4305 de 16 de noviembre de 2007- Secretaria de Educación Departamental de Bolívar o la reconocida mediante Resolución No. 1390 de 10 de diciembre de 2007 Secretaría de Educación Departamental del Magdalena, entonces la entidad demandada deberá iniciar las actuaciones administrativas y/o judiciales respectivas para retirar del ordenamiento jurídico uno de los actos administrativos de reconocimiento de pensión ordinaria de jubilación y en todo caso tendrá que ser el menos favorable a la actora.

Para los efectos anteriores, se ORDENA OFICIAR a las Secretarías de Educación de los Departamentos de Bolívar y de Magdalena, y a la Fiduciaria La Previsora S.A., colocándoles en conocimiento lo ordenado en esta providencia, y para ello se le remitirá copia de la presente sentencia.

**QUINTO.** NO CONDENAR a la Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones dadas.

Para sustentar su decisión, afirmó que la demandante en su condición de docente oficial actualmente es titular de dos pensiones de jubilación de carácter ordinario reconocidas además ambas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, una mediante Resolución No. 4305 de 16 de noviembre de 2007, por sus servicios prestados como docente de vinculación nacionalizada en la Institución Técnica Agropecuaria Erasmo Donado Llanos, en el Municipio de Zambrano- Bolívar (folio 125) y la segunda reconocida mediante Resolución No.1390 de 10 de diciembre de 2007, por su vinculación de orden nacional, por servicios prestados en la Institución Educativa Departamental Gabriel Escobar Ballestas, en el municipio de Plato, Magdalena (folios 177 a 178).

Empero, la accionante no puede a la fecha estar devengando las dos pensiones de carácter ordinario de las cuales hoy es titular, así una se hubiere reconocido por su vinculación con un ente territorial antes de entrar en vigencia la Ley 91 de 1989 y la otra por su vinculación directa con la Nación — Ministerio de Educación.

Por otro lado, en la resolución demandada solo se tuvo en cuenta la asignación básica; no obstante, la demandante demostró que devengó prima de navidad y prima de vacaciones, por lo que tiene derecho a que sea incluidos en la liquidación de la pensión.

### **3.4. Recursos de apelación.**

**3.4.1. La parte demandada (fs. 232-236)** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia; y que en caso de que no procedan los argumentos de apelación, se dé aplicación al principio de la no reformatio in pejus, en lo que refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia apelada.

13-001-33-33-013-2013-00410-01

Adujo que la decisión tomada no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable que se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación, porque no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Así mismo, que el Decreto 1048 de 1972 y el Decreto 451 de 1984, excluyen de manera expresa su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva; y que el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002.

Anotó que, por medio de la Ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Y que la Ley 6ª de 1945 crea las primeras prestaciones sociales, tanto para trabajadores estatales como particulares; y por medio del Decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del Estado, normas que en virtud de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 de la misma anualidad, se hace extensiva a los servidores públicos del ente territorial.

Advirtió que el Decreto 1042 ibídem, establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y se fijan las escalas de remuneración de dichos empleados; creándose entre otras, la prima de servicio para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos en las entidades descritas.

En ese orden, las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, no constituyen una prestación social, sino elementos constitutivos de salario.

Manifestó que con la expedición de la Ley 43 de 1975, la educación en Colombia es un servicio público a cargo de la nación, y que de acuerdo con la Ley 60 de 1993, que dicta normas orgánicas sobre distribución de competencias, el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados, que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin

13-001-33-33-013-2013-00410-01

solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989.

Advirtió que de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones”; la prima de servicios no ha sido creada para el personal docente y directivo docente; que dicha normativa hace una mezcla entre las normas que otorga prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salarios, por lo que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas; del mismo modo, adujo que hace referencia a las prestaciones a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley, sin que se pueda concluir que la prima de servicio ha sido creada por la ley en cita, a favor de los docentes estatales.

Concluyó la accionada que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978, no se crea o extiende a los docentes oficiales; y que no se encuentra facultada para ordenar directamente ni discrecionalmente la indexación y los intereses moratorios, pues solo procede en cumplimiento de decisiones judiciales.

**3.4.1. La parte demandante (fs. 263-278)**, manifestó que la Juez A-quo, incurrió en violación de sus derechos de defensa, debido proceso, a la seguridad social e irrenunciabilidad a los beneficios establecidos en normas laborales, toda vez que condicionó la nulidad de la resolución que niega el ajuste de la pensión de jubilación demandada, a la renuncia por parte de alguna de las pensiones reconocidas en la Resoluciones No. 4305 de 2007 y 1390 de 2007, dentro de un mes contado a partir de la ejecutoria del fallo dictado en la sentencia No. 39. Del 29 de marzo de 2016 y notificada el 27 de abril 2016.

En el proceso de referencia, no estaban en discusión los derechos laborales adquiridos que tenía al reconocimiento de las pensiones, ni mucho menos la facultad que tiene el a-quo de ordenar la renuncia de una de ellas.

Agregó que en virtud del Decreto 2277 de 1979 y la Ley 43 de 1975, la demandante está amparada en la excepción prevista en artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, literal g) conforme al cual : “Nadie podrá desempeñar simultáneamente

13-001-33-33-013-2013-00410-01

*más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones: g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados”.*

Luego, al igual que los demás docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantiene el régimen prestaciones del que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes.

En el presente asunto, la actora para la fecha del reconocimiento tenía 11 años desempeñándose como docente, es precisamente el ejercicio de la docencia uno de aquellos que está excluido de tal prohibición constitucional y así lo ha previsto la Ley.

La Ley a Ley 60 de 1993, en el artículo 6º, consagró lo siguiente:

“El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas de departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otras clases de remuneraciones”.

Agregó que lo ordenado en los numerales segundo y cuarto de la sentencia apelada, impide el ejercicio del derecho de defensa y contradicción principalmente relacionado con la presentación y controversia de las pruebas que se alleguen en contra de esta decisión desconociendo la legalidad de los actos administrativos suscrito por la Nación-Ministerio De Educación- Secretaría Departamental de Bolívar - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, manifestó que la Resolución No. 4305 de 2007 y la Resolución No. 1390 de 2007 se encuentran motivadas conforme a la normatividad vigente para el momento de su expedición, esto es, el estatuto docente, Decreto 2277 de 1979, modificado por la Ley 715 de 2001 y reglamentado por los Decretos 259 de 1981, 709 de 1996 y 1095 de 2005; y se presumen legales de conformidad con el artículo 88 del CPACA.

### **3.5. Actuación procesal en segunda instancia.**

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto de 25 de octubre de 2016 se admitió el recurso de apelación presentado contra el

13-001-33-33-013-2013-00410-01

fallo de primera instancia (f. 290) y mediante auto de 14 de diciembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 293).

La parte demandante presentó alegatos y, reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación **(fs. 296-327)**; La parte demandada presentó alegatos y, reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación **(fs. 328-332)**; el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

##### **5.2. Problema jurídico.**

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, concretamente la prima de navidad y prima vacaciones.

Así mismo, debe resolver la Sala si, tal y como lo afirma la parte demandante, no se debió condicionar la sentencia a la renuncia de otra pensión que no fue objeto de litigio dentro del proceso, porque vulnera el principio de la justicia rogada, debido proceso y principio de congruencia.

### **5.3. Tesis de la Sala.**

La demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama.

Lo anterior, porque el docente estuvo excluido del régimen general de pensiones y se le debe aplicar de forma íntegra las Leyes 33/85 y 62/85, y por mandato de dichas disposiciones, los factores que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional son únicamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Por lo cual se confirmará la sentencia apelada.

La Sala se abstendrá de enjuiciar la legalidad de los actos que reconocen pensiones a la demandante, que a juicio del juez A quo resultan incompatibles, en consideración a que se trata de un asunto que no fue objeto de los cargos ni de las pretensiones de nulidad de la demanda, y no hace parte, por tanto, del marco de la litis; por ello, de enjuiciarse su legalidad en este proceso se incurriría en violación del principio de congruencia de la sentencia y del derecho al debido proceso.

Solo podría esta jurisdicción enjuiciar la legalidad de alguno de dichos actos si se demandara su nulidad en otro proceso.

### **5.4. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **5.4.1. De la pensión de jubilación docente.**

El Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras, había mantenido el criterio de que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tenían el carácter enunciativo y no taxativo, y que todos aquéllos emolumentos que tuvieran materialmente los atributos del salario debían ser reconocidos como tales, aunque la ley no lo hiciera expresamente, por respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formas y progresividad, al tiempo que debían tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional, con independencia de que se hubiera cotizado sobre los mismos, pues en caso negativo bastaba con ordenar que del valor de la condena se hicieran los descuentos con destino a la entidad de previsión correspondiente.

En reciente pronunciamiento, la Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia de 25 de abril de 2019, dentro del proceso seguido por Abadía Reinel Toloza

13-001-33-33-013-2013-00410-01

contra el FOMAG, dentro del radicado N° 680012333000201500569-01, unificó criterios respecto del régimen prestacional y pensional de los docentes, así:

**i. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial**

1. El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1°, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

2. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

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.

I. (...)

11. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>1</sup>, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

<sup>2</sup> "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

13-001-33-33-013-2013-00410-01

12. De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: "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".
13. 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. La misma norma 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. 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.
14. 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.
15. 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"<sup>3</sup>.
16. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1° de la Ley 62 de 1985.
17. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de**

<sup>3</sup> **LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"**

"ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

13-001-33-33-013-2013-00410-01

**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.**

(...) 27. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge 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 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

**) 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.**

28. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

29. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

30. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son 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.

31. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE*". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

13-001-33-33-013-2013-00410-01

32. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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.**

**A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.**

33. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años<sup>4</sup>. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

34. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

35. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

<b>RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</b>	
<b>ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</b>	
	<b>Régimen pensional de prima media</b>

<sup>4</sup> La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

13-001-33-33-013-2013-00410-01

<b>Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</b>			
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.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
<b>Normativa aplicable</b>		<b>Normativa aplicable</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>) Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989</li> <li>) Ley 33 de 1985</li> <li>) Ley 62 de 1985</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>) Artículo 81 de la Ley 812 de 2003</li> <li>) Ley 100 de 1993</li> <li>) Ley 797 de 2003</li> <li>) Decreto 1158 de 1994</li> </ul>	
<b>Requisitos</b>		<b>Requisitos</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>55 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Tiempo de servicios: 20 años</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>57 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003</li> </ul>	
<b>Tasa de remplazo - Monto</b>		<b>Tasa de remplazo - Monto</b>	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%<sup>5</sup></u>  (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
<b>Ingreso Base de Liquidación – IBL</b>		<b>Ingreso Base de Liquidación – IBL</b>	
<b>Periodo</b>	<b>Factores</b>	<b>Periodo</b>	<b>Factores</b>
Último año de servicio docente  (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 /	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación</li> <li>▪ dominicales y feriados</li> <li>▪ horas extras</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> </ul>	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los <b>10 años</b> anteriores al reconocimiento de la pensión	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica mensual</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ prima técnica, cuando sea factor de salario</li> <li>▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</li> </ul>

<sup>5</sup> Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

<p><b>artículo 1° de la Ley 33 de 1985)</b></p>	<p>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio <b>(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</b></p>	<p><b>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</b></p>	<p>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna  <b>(Decreto 1158 de 1994)</b></p>
	<p>De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>		

**ii. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes**

36. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:
37. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:
- 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 aquellos 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.**
  - Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, 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. Los factores que se**

13-001-33-33-013-2013-00410-01

**deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.**

La Sala prohija los criterios expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda, citados previamente, y con base en ellos modificará el criterio que venía adoptando en torno a los factores salariales que debían tenerse en cuenta para liquidar la pensión de los docentes, conforme al cual debían incluirse todos los devengados; y estima que en el presente caso deben tenerse en cuenta únicamente los factores sobre los cuales se hubieran hecho cotizaciones a la seguridad social, entre otras cosas porque se trata de una regla que estaba prevista de manera explícita en el artículo 3° de 1985, modificado por la Ley 62/85, de acuerdo con el cual "**En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.**"

## **5.5. Caso concreto.**

### **5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.**

- Resolución No. 04-1442 del 20 de agosto de 2013, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bolívar, negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales **(fs. 101-103)**.
- Copia del certificado salarios, suscrito por el Profesional Especializado de Atención al Usuario de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, donde consta que la demandante, entre el 1° de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, devengó asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad. Este documento no señala cuales fueron los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes a seguridad social en pensiones **(fs. 5-7 y 97-98)**.
- Resolución No. 4305 del 16 de noviembre de 2007, por medio de la cual la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bolívar, reconoció la pensión de jubilación a la docente demandante, teniendo en cuenta para liquidarla la asignación básica **(fs. 8-9 y 125-127)**.
- Decreto No. 523 del 21 de julio de 2014, por medio del cual se efectúa un retiro del servicio activo a un docente por doble vinculación laboral y se declara la vacancia definitiva del cargo **(fs. 67-69)**.

13-001-33-33-013-2013-00410-01

- Resolución No. 1390 del 10 de diciembre de 2007, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bolívar, reconoció la pensión de jubilación a la docente demandante, teniendo en cuenta para liquidarla la asignación básica **(fs. 8-9)**.

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resolución No. 04-1442 del 20 de agosto de 2013, por medio de la cual se negó la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, reconocida mediante Resolución 4305 de 16 de noviembre de 2007.

Está probado que mediante la Resolución No. 4305 del 16 de noviembre de 2007 mencionada, el FOMAG liquidó la pensión de jubilación de la accionante teniendo en cuenta el 75% del promedio de la asignación básica (fs. 8-9).

Se acreditó igualmente que la demandante fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dada su calidad de docente oficial y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

De acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado de 25 abril de 2019, examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional del demandante, debió aplicarse la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, el ingreso base de liquidación – IBL – y la tasa de remplazo.

En aplicación de dichas Leyes solo debió incluirse en el IBL los factores sobre los que se hubieran realizado aportes o cotizaciones a la seguridad social en pensiones.

En el proceso la demandante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre factores salariales distintos a la asignación básica.

Los factores salariales consistentes en la prima de navidad y prima de vacaciones, que pretende incluir en el IBL, no están contemplados como ingreso

13-001-33-33-013-2013-00410-01

base de liquidación en la Ley 62/85, y se reitera, no se probó que se hubiera cotizado con base en ellos a pensiones, razón por la cual no procede la reliquidación deprecada con base en ellos, y por ello se debe revocar la sentencia apelada que accedió a las súplicas de la demanda.

- Tal como se dijo al enunciar la tesis que defiende la Sala para decidir el problema jurídico planteado, en este proceso no se demandó la nulidad de la Resolución 1390/07, mediante la cual el FOMAG reconoció a la demandante una pensión diferente a la reconocida en la Resolución 4305/07, cuya reliquidación se pretende.

La circunstancia anotada impide que en este proceso se pueda enjuiciar la legalidad de la Resolución no demandada, pues se trata de un asunto que no fue objeto de los cargos ni de las pretensiones de nulidad de la demanda, y no hace parte, por tanto, del marco de la litis. Por ello, de enjuiciarse su legalidad en este proceso se incurriría en violación del principio de congruencia de la sentencia y del derecho al debido proceso.

Solo podría esta jurisdicción enjuiciar la legalidad de la Resolución 1390/07 si se demandara su nulidad en otro proceso.

Por lo anterior se abstendrá la Sala de estudiar los argumentos referidos a la legalidad de la resolución no demandada, formulados en los recursos y en los alegatos de conclusión de segunda instancia.

### **5.6. Condena en costas en segunda instancia.**

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el presente caso el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada fue resuelto favorablemente; no obstante, la Sala no le impondrá condena en costas a la demandante, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas, y por ello resulta inequitativo condenarlo en costas.

13-001-33-33-013-2013-00410-01

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

#### VI. FALLA

**PRIMERO: Revocar** la sentencia apelada y, en su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados.



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ