

Cartagena de Indias D.T y C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-010-2017-00271-00
Demandante	NURIS DEL CARMEN MEDRANO CRUZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación de la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – Revoca sentencia que concedió pretensiones.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia del 20 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora NURIS MEDRANO CRUZ instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO

¹ Folios 1-13

13-001-33-33-010-2017-00271-01

DE CARTAGENA, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades accionadas a reconocer y pagar, a partir del 18 de julio de 2009, una pensión con el equivalente al 75% del promedio de los salarios, sueldo, primas y factores salariales devengados durante los últimos 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada.

TERCERO: Condenar a las entidades demandadas a que sobre las sumas iniciales reconocidas, se apliquen los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley.

CUARTO: Condenar a las demandadas, a que realice el pago de las respectivas mesadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina de la pensionada.

QUINTO: Condenar a las demandadas a reconocer los reajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferentes mesadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo.

SEXTO: Condenar a las demandadas al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, y hasta que se cumpla la misma.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

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

La señora NURIS MEDRANO CRUZ, laboró en la docencia oficial por más de 20 años, por lo que, al cumplir con los requisitos legales le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la entidad demandada, a través de la Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009.

En dicho acto administrativo, se tuvo en cuenta la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, como la base de liquidación de la pensión, dejando por fuera la prima de navidad, horas extras, y demás factores salariales recibidos por la empleada en el último año de servicios.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Ley 91 de 1989
- Ley 33 de 1985
- Ley 115 de 1994
- Ley 812 de 2003
- Decreto 1045 de 1978

Expone, que la disposición normativa contenida en el artículo 81 de la Ley 812/03, definen las pautas que deben tenerse en cuenta, para determinar el régimen prestacional aplicable a los docentes, tomando como referencia, la fecha en la cual el empleado fue vinculado al servicio educativo estatal; en ese orden de ideas, si su vinculación fue anterior a la vigencia de la Ley 812/03, su régimen prestacional es el contemplado en la Ley 91/89, pero si fue posterior, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 100/93.

Sostiene, que en el caso *sub examine*, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 91/89, razón por la cual, debe tenerse en cuenta la Ley 33/85 para liquidar la pensión de la demandante. De acuerdo con la norma anterior, para adquirir la pensión, el docente debe acreditar 20 años de servicio y 55 años de edad; y, la misma, debe calcularse sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes; por lo expuesto, no puede entenderse que los factores salariales para calcular la pensión docente son taxativos, puesto que con base en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, deben incluirse en la base de liquidación todos los factores devengados en el último año de servicios.

2.5 Contestación

2.5.1 DISTRITO DE CARTAGENA²

Esta entidad manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda por carecer de supuestos fácticos y normativos para su prosperidad.

Sostiene, que el acto administrativo acusado goza de plena legalidad pues se llevó a cabo teniendo en cuenta los factores salariales establecían las

² Folio 47-53

13-001-33-33-010-2017-00271-01

normas aplicables, como es la Ley 91/85, la Ley 33/85, el Decreto 3135/68 y el Decreto 1045/78.

Afirma, que para la época en la que se concedió la pensión, la prima de navidad, vacaciones, servicio y alimentación especial no eran factores salariales incluidos en la Ley 33/85, por lo que en este caso se actuó dentro de la normatividad vigente.

Como excepciones de fondo, propone la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues a su juicio, la entidad llamada a responder es el Fomag; de igual manera propuso la excepción de expedición regular del acto, prescripción e innominada.

2.5.2 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO³.

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

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

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 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, prescripción, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

³ Folio 58-70

13-001-33-33-010-2017-00271-01

III. – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

Por medio de providencia del 20 de febrero de 2019, la Juez Décimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009, mediante la cual se le reconoció pensión de jubilación a la señora Nuris del Carmen Medrano Cruz.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN • MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Nuris del Carmen Medrano Cruz, con la inclusión de la prima de navidad, en la proporción en que fue devengada en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionada.

TERCERO: Declarar prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2014.

CUARTO: Las diferencias pensionales que resulten a favor del demandante, deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula: (...)

QUINTO: Del monto a reconocer, la entidad demandada podrá descontar los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, en caso tal de que no se hubiese efectuado deducción.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda”.

Como sustento de su decisión, el Juez a quo expuso, que la reciente Sentencia de Unificación Jurisprudencial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 28 de agosto de 2018 no era aplicable al caso concreto, como quiera que ésta se refiere a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no debe perderse de vista que en las consideraciones de ese fallo unificador se precisó en forma expresa, que «la regla establecida en esta 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».

⁴ Folio 142-150 c. 1

13-001-33-33-010-2017-00271-01

Sostuvo, que la Sección Quinta en sentencia posterior a la sentencia de unificación de la Sala Plena, reitera el criterio en virtud del cual las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985 deben ser liquidadas con base en todos los factores salariales efectivamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, dado que en la referida ley no se indican en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional. Además, se enfatiza en que la omisión de la administración para efectuar los correspondientes descuentos para aportes al sistema no puede ser un impedimento para que tales emolumentos se incluyan en la liquidación pensional, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el respectivo reconocimiento.

Consideró que, aplicar indiscriminadamente a los docentes un giro jurisprudencial adoptado en una providencia de unificación en la que no se estudió su especial situación pensional, podría comprometer los derechos fundamentales de quienes acudieron a la justicia en momentos en que regía jurisprudencia pacífica en virtud de la cual se reconocieron judicialmente derechos a personas que se encontraban en idéntica situación fáctica y jurídica.

En ese orden de ideas, al estudiar el caso concreto, el Juez de primera instancia expuso que, al cotejar el acto administrativo de reconocimiento pensional con la certificación de factores salariales devengados, se evidenciaba que al momento de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, se omitió incluir la prima de navidad, que sí se deben tener en cuenta como emolumentos salariales para efectos de liquidar la pensión, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial que ha hecho el Consejo de Estado al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, en el sentido de que el listado no es taxativo, sino meramente enunciativo, lo cual, no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado. Todo ello, sin perjuicio de que la entidad pueda descontarle los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, debidamente indexados.

Indicó que se debían declarar prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2014; porque, entre la fecha de notificación del acto administrativo acusado (10 de diciembre de

13-001-33-33-010-2017-00271-01

2009- fol. 16) y la presentación de la demanda (27 de octubre de 2017- fol. 22), transcurrió más del termino previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el articulo 102 del Decreto 1848 de 1969, para la prescripción de los derechos laborales.

Añadió, que no se incluiría en la reliquidación las horas extras, por cuanto no se demostró que el año anterior a la adquisición del estatus pensional se haya devengado suma alguna por este concepto; pues, las horas extras que aparecen certificadas a folio 18, corresponden al año 2010, y el periodo que se tiene en cuenta para la reliquidación es el comprendido entre el 17 de julio de 2008 y el 17 de julio de 2009, pues esta última es la fecha de adquisición del estatus pensional.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

El Ministerio Público presentó recurso de apelación en el asunto de marras, manifestando que no comparte la interpretación que adopta el Juez de primera instancia en cuanto determinó que, la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018, no es aplicable al caso concreto y que por el contrario, debían seguirse las directrices establecidas en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Sostuvo, que a partir de la sentencia del 28 de agosto de 2018, se concluye que los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen especial contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Este es el nuevo criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, que debe aplicarse en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, toda vez que la posición que adoptó esta Corporación en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 va en contra vía del principio de solidaridad en materia de seguridad social, y desborda la voluntad del legislador, que enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional.

⁵ Folio 153-158 c. 1

13-001-33-33-010-2017-00271-01

Afirma que, si bien es cierto que el contenido de la primera subregla, "no cubija 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"; lo anterior, no sucede con la segunda subregla, que sí afectó a todas aquellas personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985, incluyendo a los docentes oficiales a los que se les aplica la Ley 33/85, por remisión de la Ley 91/89.

Indicó, que le anterior criterio fue aplicado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia del 10 de octubre de 2018⁶, en un caso similar, en la cual revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad parcial de los actos acusados, y condenó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar la pensión de la demandante a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional, incluyendo los factores que tienen carácter legal.

Concluyó exponiendo que, la Procuraduría comparte lo expuesto en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 y por consiguiente solicita que se aplique la misma en el entendido que los factores salariales que se deben incluir en el IBL de los servidores públicos a quienes se les aplica las Leyes 33 y 62 de 1985, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, pues en esta providencia se modificó el criterio sostenido en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 4 de julio de 2019⁷, por lo que el 8 de octubre de 2019 se procedió a admitirla⁸, y se corrió traslado para alegar el 25 de noviembre de 2019⁹.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 alegatos de la parte demandante: No presentó alegatos.

⁶ Consejero Ponente Rafael Francisco Suarez Vargas, radicado 05001-23-33-000-2015-00871-01 (3058-17)

⁷ Folio 3 c. 2

⁸ Folio 5 c. 2

⁹ Folio 10 ibídem

13-001-33-33-010-2017-00271-01

4.2 alegatos de la parte demandada: Presentó sus alegatos solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que los factores salariales enunciados en la Ley 33/85 son taxativos en aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹⁰.

4.3 Concepto del Ministerio Público: No rindió 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. Problema jurídico

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

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

7.4. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, y en su lugar, negará las pretensiones de la demanda, en 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 que los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad a la Ley 812 de 2003, a los que se les aplica Ley 91 de 1989, solo tienen derecho, para

¹⁰ Folio 19-21

13-001-33-33-010-2017-00271-01

la liquidación de su pensión, a que se les tenga en cuenta los factores salariales determinados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985.

7.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

7.5.1. El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”*.

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni 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.

¹¹ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹² *Ibidem*.

13-001-33-33-010-2017-00271-01

7.5.2 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 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”

7.5.3. 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:

13-001-33-33-010-2017-00271-01

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 Estado¹³ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos

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

13-001-33-33-010-2017-00271-01

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 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%.

7.6. Caso concreto

7.6.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Se encuentra probado que la señora NURIS DEL CARMEN MEDRANO CRUZ nació el 17 de julio de 1954, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2009¹⁶.

¹⁴ Ibídem.

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

¹⁶ Folio 17

- Que, laboró al servicio del Magisterio por más de 24 años, desde el 2 de abril de 1985 hasta el 17 de julio de 2009¹⁷.
- Que a través Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009, se reconoció una pensión de jubilación en su favor, teniendo en cuenta el 75% de la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2009); quedando liquidada la mesada pensional en un valor de \$1.528.024, efectivos a partir del 18 de julio de 2009¹⁸.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que en el año 2009 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, y prima de alimentación**¹⁹. En dicho certificado también se informa que devengó, para el año 2010, horas extras.

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

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad de la Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora NURIS DEL CARMEN MEDRANO CRUZ, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009, por haber prestado sus servicios como docente estatal.

Que en dicho acto administrativo se expuso que la accionante contaba con los requisitos para acceder a la pensión, pues cumplió los 55 años de edad el 17 de julio de 2009²⁰, y que había laborado el Magisterio por más de 24 años, desde el 2 de abril de 1985 hasta el 17 de julio de 2009²¹.

¹⁷ Folio 14-16

¹⁸ Fol. 14-16

¹⁹ Fol. 18-20

²⁰ Folio 17

²¹ Folio 14-16

13-001-33-33-010-2017-00271-01

Así mismo se estableció que, para liquidar la mesada pensional se debía tener en cuenta el 75% de la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2009).

En ese orden de ideas, como quiera que la vinculación de la demandante se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable a la misma es el previsto en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia.

Encuentra la Sala que, en este caso, lo pretendido por la accionante, es la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año **anterior a la adquisición del status pensional**²².

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, deben determinarse las reglas a aplicar para calcular la pensión de la interesada. Al respecto, la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019 señala, que 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 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 son los siguientes:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Conforme al certificado laboral de la accionante, se avizora que en el año 2009 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la señora NURIS DEL CARMEN MEDRANO CRUZ devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, y prima de**

²² Se advierte que, según el certificado de tiempos de servicio, al parecer la accionante laboró hasta el año 2014, sin embargo la pretensión de ella se limita a pedir los factores devengados en el año anterior al status pensional.

13-001-33-33-010-2017-00271-01

alimentación²³. En dicho certificado también se informa que devengó, para el año 2010, horas extras.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse, en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo al certificado aportado a folio 18, el otro factor relacionados allí, y hoy reclamado (prima de navidad), no hace parte de la Ley 33 y 62 de 1985; además de lo anterior, la accionante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre dicho emolumento por lo que, no debía ser reconocido como parte del IBL.

Ahora bien, debe resaltarse en esta instancia, que en la Resolución No. 3288 del 3 de diciembre de 2009, se reconoció la prima de alimentación y la prima de vacaciones devengada durante 2009²⁴, factores éstos que no cumplen con los requisitos establecidos en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019 para ser parte del IBL; sin embargo, sobre los mismos no se emitirá ningún pronunciamiento, como quiera que ese no es el objeto de este litigio.

Comparte este Tribunal, el hecho de que las horas extras devengadas por la señora NURIS DEL CARMEN MEDRANO CRUZ en el año 2010, no pueden ser tenidas en cuenta en la liquidación de la pensión, como quiera que las mismas se encuentran por fuera del último año laborado por la accionante, antes de adquirir el status pensional.

En ese orden de ideas, 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, anterior al status, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como fue solicitado en la demanda.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será **REVOCADA** por encontrarse conforme a las reglas previstas por la jurisprudencia, para en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

²³ Fol. 18-20

²⁴ Fol. 14-16

VIII.- COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

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

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

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

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

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

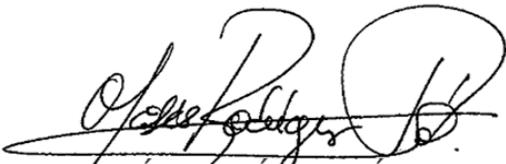
13-001-33-33-010-2017-00271-01

CUARTO: 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. 030 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
Magistrado