Cartagena de Indias D.T. y C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-010-2017-00275-01**
Accionante	**AIDA MARÍA GÓMEZ DE MARRUGO** cartagenagiraldoylopez@gmail.com
Accionado	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG Y DISTRITO DE CARTAGENA** notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co mjforero@fiduprevisora.com.co
Tema	**RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

TURNO AL DESPACHO: REITERACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de fecha veinte (20) de febrero de 2019[1] proferida en audiencia inicial por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA[2]

2.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Se señala como fundamento fáctico de la demanda el que se relata a continuación:

- La señora Aida Gómez De Marrugo laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial, y cumplió con los requisitos establecidos en la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

- Mediante Resolución No. 0537 del 25 de febrero de 2011, le fue reconocida la base de su liquidación pensional, con la inclusión sólo de la asignación básica y prima de vacaciones, sin tener en cuenta la prima de navidad, la prima de servicios y demás factores salariales

[1] Folios 148-155 cdr.1
[2] Folios 1-19 cdr.1

percibidos durante el último año de servicio anterior al cumplimiento de su estatus jurídico de pensionada.

2.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0537 de fecha 25 de febrero de 2011, por medio de la cual se reconoció a la demandante una pensión vitalicia de jubilación.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

(i) Se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Distrito de Cartagena a que reconozcan y paguen una pensión ordinaria de jubilación a partir del 29 de mayo de 2010 equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que la demandante adquirió el status jurídico de pensionada.

(ii) Se condene a las entidades demandadas a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida apliquen los reajustes de Ley para cada año.

(iii) Se condene a las entidades demandas a que efectúen el pago de las mesadas pensionales atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de la pensionada.

(iv) Se condene a las accionadas 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.

(v) Se condene a la parte demandada al pago de los intereses moratorios y a las costas.

2.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1 de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; y Decreto 1045 de 1978.

Arguye que de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado[3] respecto del tema que aquí se debate, se encuentran vulnerados los

[3] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 04 de agosto de 2010. Radicado No. 25000232500020060750901 (0112-09). C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila.

derechos de la demandante, toda vez que el no reconocimiento de todos los factores salariales que deben tenerse en cuenta para establecer la suma correspondiente a la mesada pensional ha ocasionado un perjuicio económico en su patrimonio, puesto que su ingreso resulta inferior al que debería recibir.

Manifiesta que debe declararse la nulidad parcial del acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta que la parte accionada omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales devengados en el último año anterior al momento de adquirir el status de pensionada.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.2.1. DISTRITO DE CARTAGENA[4]

El Distrito de Cartagena contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas por la demandante, toda vez que carecen de supuestos fácticos y normativos para su prosperidad.

Manifiesta que para la época en la que le fue reconocida le pensión de jubilación a la actora, los factores salariales, los cuales solicita su inclusión, no estaban incluidos dentro de la normatividad aplicable al caso, razón por la cual la entidad accionada actuó en el marco legal vigente.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.
2. EXPEDICIÓN REGULAR DEL ACTO ACUSADO.
3. PRESCRIPCIÓN.
4. EXCEPCIONES INNOMINADAS.

2.2.2. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG.[5]

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legalmente establecido para ello, oponiéndose a todas las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad.

Argumenta que las pretensiones esbozadas por la demandante Aida Gómez De Marrugo, no se encuentran ajustadas a derecho, teniendo en cuenta que no es viable conforme a la Ley el reajuste de su pensión de

[4] Folios 48-56 cdr.1
[5] Folios 59-71 cdr.1

jubilación con la inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año status de pensión.

Igualmente, manifiesta que no se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, la inclusión de los factores salariales de prima de antigüedad, prima de vacaciones y demás factores salariales, comoquiera que es contrario a derecho.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.
2. COBRO DE LO NO DEBIDO.
3. PRESCRIPCIÓN.
4. FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA.
5. COMPENSACIÓN.
6. EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.

2.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.3.1. Sentencia De Primera Instancia.

En audiencia inicial de fecha veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019) se profirió sentencia por parte del Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A-quo que dentro del proceso se evidenció que al momento de liquidar la pensión de jubilación de la accionante, se omitió incluir la prima de navidad, factor que si debió tenerse en cuenta, de conformidad con la interpretación realizada por el Consejo de Estado respecto del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, en el sentido de que el listado de los factores allí estipulados no es taxativo, sino meramente enunciativo, lo que no impide la inclusión de otros factores salariales devengados por la trabajadora durante el año anterior a la adquisición de su status de pensionada.

3.2. Recurso de Apelación.[6]

El Ministerio Público interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que difiere de lo resuelto por el A-quo, ya que de conformidad con lo expuesto en los numerales 96 al 103 de la segunda subregla establecida en la sentencia de

[6] Folio 158-163 cdr.1

unificación de fecha 28 de agosto de 2018[7] proferida por el Consejo de Estado, se rectifica la tesis sostenida por la Sección Segunda de la misma Corporación en la sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010, en lo referente a que si bien en principio se ordenaba la inclusión en el IBL de todos los factores salariales devengados por el trabajador, aun cuando no hubiese cotizado sobre ellos, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se estableció que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión serán solamente aquellos sobre los que se hayan cotizado.

En ese sentido, arguye que debe darse aplicación a la nueva línea jurisprudencial dispuesta por el Consejo de Estado, puesto que la decisión adoptada por esta misma Corporación en fecha 04 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social y desborda la voluntad del legislador que enlistó los factores salariales a tener en cuenta para la base de la liquidación pensional.

Así las cosas, si bien la primera subregla contemplada en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no sucede lo mismo con la segunda que si afectó a todas las personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985.

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha siete (07) de octubre de dos mil diecinueve (2019)[8], se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante Mediante auto del veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)[9], se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4. ALEGACIONES.

La entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG[10] presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada Distrito de Cartagena no presente alegatos de conclusión.

[7] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.
[8] Folio 10 cdr.2
[9] Folio 14 cdr.2
[10] Folios 19-22 cdr.2

La parte demandante no presentó alegatos finales.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

> *¿Resulta aplicable a los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, lo establecido en la segunda subregla contemplada en la sentencia de unificación 00143 de fecha 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado?*

4.4. TESIS DE LA SALA.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del caso *sub-examine* no resulta aplicable la segunda subregla establecida en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018[11] proferida por el Consejo de Estado en el caso en concreto, puesto que

[11] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

dentro de la misma se estipuló taxativamente que dicha jurisprudencia no cobija a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, comoquiera que tienen un régimen especial y, por consiguiente, deben negarse las pretensiones de la demanda, puesto que a la luz de la ley y la jurisprudencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado[12], la actora no tiene derecho a que los factores salariales discutidos conformen su IBL.

4.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.5.1. Regulación de la pensión ordinaria de los docentes oficiales.

El régimen prestacional aplicable, actualmente a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el Magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el parágrafo transitorio primero del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003[13], señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensiónales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

---

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 68001233300020150056 9-01.

[13] Por la cual se *aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario*"

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación-, en su artículo 115[14], dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993[15], preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989[16].

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1 del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que

---

[14] Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.
* *Artículo* 6. (...)
"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas 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 otra clase deremuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.
(.••)"

[16] Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:
"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;...". (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.[17]

A su vez, el numeral segundo literal b)[18] de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Conforme a lo anterior, a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 les era aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos nacionales - Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78- y los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 estaban cobijados por el régimen territorial es decir la Ley 6 de 1945.

Lo anterior se mantuvo hasta la expedición de la Ley 33 de 1985, la cual unificó el régimen pensional.

Ahora bien, la Ley 33 en el parágrafo segundo de su artículo 1 consagró un régimen de transición, el cual previó para los trabajadores oficiales que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha de su entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la Ley 6 de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

En orden a lo expresado, se entiende que a los docentes (nacionales, nacionalizados y territoriales), vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les es aplicable el régimen pensional general previsto en la Ley 33 de 1985, a menos que se encuentren cobijados por el régimen de transición contemplado en esa normatividad.

---

[17] "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:
1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del lo. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."
» "Artículo 15. (...)

4.5.2. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional.

El Consejo de Estado en lo que respecta a la liquidación pensional, en principio manifestó que los beneficiarios del régimen de transición pensional debían ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicio del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante sentencia de 25 de febrero de 2016[19], en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión en el régimen de transición.

Sin embargo, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante sentencia de unificación 00143 del 28 de agosto de 2018[20], se apartó de la línea jurisprudencial que hasta la fecha venía aplicando y se acogió a la posición adoptada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, manifestó que si bien el IBL hace parte del régimen de transición, este se aplicará de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o, según lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y no en los términos consagrados en la normatividad anterior, fijando de ese modo, una nueva regla jurisprudencial frente al asunto en cuestión.

En ese orden de ideas, se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar según lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma.

Así mismo, sobre los factores salariales efectivamente cotizados se regirá de acuerdo a lo contemplado en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez (10) últimos años de servicio si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

[19] Expediente No. 2013-01541 (4683-2013)
[20] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

Finalmente, el Consejo de Estado precisó que la anterior regla jurisprudencial no cobija a los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

4.5.3. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (Sentencia de unificación)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo[21] 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, y sentó 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.

Al respecto, fijó como regla jurisprudencial que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, se tendrán en cuenta sólo los factores salariales sobre los que se hayan hecho los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se podrá incluir ningún factor diferente a los establecidos en dicho artículo.

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación 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*".

Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "*Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones*" y se subrayó que "*los docentes no están exceptuados de*

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

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.

5. CASO EN CONCRETO.

5.1. Hechos probados.

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

Resolución No. 0537 del 25 de febrero de 2011 expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación por cuotas partes a la docente Aida María Gómez De Marrugo. (Fl. 14-16)

Certificado de factores salariales devengados por la señora Aida María Gómez De Marrugo de los años 2009 y 2010, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Fl. 24-26)

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Descendiendo al asunto objeto de estudio, se tiene que de cara al marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, la sentencia de unificación 00143 de fecha 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, si bien unifica jurisprudencia respecto al ingreso base de liquidación para los trabajadores que se encuentran cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala igualmente de manera taxativa, que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estarán exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100, comoquiera que su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, de conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto, no le asiste razón al Ministerio Público en lo concerniente a la aplicación de la segunda subregla establecida en la sentencia antes mencionada, puesto que los docentes vinculados al FOMAG, al estar cobijados por un régimen especial, deben ajustarse a lo consagrado en la normativa establecida para ello, esto es, la Ley 91 de 1989.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado mediante reciente fallo de unificación[22], previó que en el caso de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores salariales que se tendrán en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, **serán sólo aquellos sobre los cuales se hayan hecho aportes, conforme a lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.**

Luego entonces, aunque el Ministerio Público se fundamentó en una Sentencia de Unificación que no le es aplicable a la actora, no es menos cierto que, tampoco le asiste la razón al Juez de primera instancia al pretender que se le dé aplicación a la Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2018[23], proferida por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en la que se reitera la posición que para la base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio deben incluirse todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, comoquiera que dicha posición fue rectificada por el Consejo de Estado, limitando el reconocimiento del IBL, en los términos anteriormente esbozados.

En ese orden, conforme a las circunstancias fácticas probadas, dentro del presente asunto, la Sala evidencia que la accionante se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el **31 de marzo de 1975**, según se corrobora en la Resolución No. 0537 del 25 de febrero de 2011[24].

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente nacionalizada vinculada desde el 31 de marzo de 1975, tal y como se observa en la Resolución No. 0537 del 25 de febrero de 2011 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo a los supuestos fácticos antes relacionados y el recuento normativo expuesto, se tiene que el régimen pensional aplicable a la accionante es el contenido en la Ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijada por la transición consagrada en tal normatividad.

---

[22] Ibidem.
[23] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2018. Radicado No. 11001031500020180301200. C.P. Rocío Araujo Oñate.
[24] *"Por la cual se reconoce y ordena el pago de una PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN POR CUOTAS PARTES al Docente AIDA MARÍA GOMEZ DE MARRUGO"*, incluyendo la asignación básica como base para la liquidación. Folios 14-16 cdr.1

Por lo anterior, se concluye que la accionante no reunía el requisito de los 15 años de servicio exigidos para estar cobijada por la transición prevista en la Ley 33 de 1985, y en consecuencia, le resulta aplicable el régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la Ley 62 de 1985 la cual dispuso respecto de la pensión de jubilación el *"equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio",* para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

En cuanto a los factores salariales, la mencionada Ley (modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985), dispone que *"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.*"

Bajo los anteriores parámetros y teniendo presente lo probado en el proceso, tenemos que la actora durante el año anterior al **28 de mayo de 2010**, (fecha en la que adquirió el estatus de pensionada), devengó: **asignación básica**, **prima de navidad** y **prima de vacaciones docentes**; por lo que solicita que se le agregue como factor salarial para su IBL, la **prima de navidad** que no le fue reconocida a pesar de haberla devengado, no obstante, conforme al lineamiento analizado, al no encontrarse expresamente consagrada la prima de navidad en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, no es posible incluir dicho factor en el IBL de la demandante.

Finalmente, se percata la Sala que a la actora se le liquidó el quantum de la pensión teniendo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, siendo que este último factor, tampoco se encuentra enlistado en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, sin embargo, esta Judicatura no puede desconocer la situación jurídica ya adquirida por la misma, por lo que se deberá aplicar el principio de la *no reformatio in pejus,* manteniendo el reconocimiento del precitado factor en el IBL de la actora.

Por consiguiente, la Sala advierte que debe mantenerse la legalidad del acto acusado y, en consecuencia, debe revocarse la sentencia de primera instancia por las consideraciones aquí anotadas.

6. CONDENA EN COSTAS.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el artículo 365 del Código General del Proceso, por lo que se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial en fecha veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte vencida, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 del CGP y 188 del CPACA.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-010-2017-00275-01**
Accionante	**AIDA MARÍA GÓMEZ DE MARRUGO** cartagenagiraldoylopez@gmail.com
Accionado	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG Y DISTRITO DE CARTAGENA** notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co mjforero@fiduprevisora.com.co
Tema	**RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE**