



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

Cartagena de Indias D.T y C, nueve (09) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2019-00042-00
Demandante	NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA
Demandado	NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTES – FACTORES SALARIALES
Sentencia No	0043

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA, a través de apoderado judicial, contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Aduce la demandante que le fue reconocida pensión de jubilación por cumplir con todos los requisitos legales, pero que posteriormente solicitó la reliquidación de su mesada pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio y esta le fue negada.

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 2774 de fecha 05 de septiembre de 2016, por medio de la cual se re-liquidó por retiro definitivo la pensión de jubilación de la accionante, sin incluir todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

2-Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la demandante una pensión de jubilación del 75%, a partir del 25 de mayo de 2016, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio.

3-Condernar a la entidad demandada, a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes para cada año como lo ordena la Constitución y la Ley.

4-Condernar a la entidad demandada a realizar el reajuste sobre las sumas reconocidas, de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

5-Condernar a la entidad demandada a pagar las mesadas atrasadas desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina.

6-Reconocer y pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas, a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme con lo establecido en el artículo 192 del CPACA.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

7-Que se condene a la demandada al pago de costas.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera la apoderada judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

Legales: ley 91 de 1989 artículo 15; ley 33 de 1985 artículo 1; ley 62 de 1985; decreto 1045 de 1978.

En respaldo de sus pretensiones, expresó, en síntesis, que la entidad demandada al expedir el acto administrativo mediante el cual reconoció la pensión de jubilación a la demandante, violó las normas invocadas porque al momento de liquidar dicha prestación dejó de incluir todos los factores salariales que devengó la actora durante el año inmediatamente anterior a la obtención del estatus de pensionada, no obstante que dichas normas obligaban a tenerlos en cuenta.

- CONTESTACIÓN

FOMAG: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, indicó, que en el presente caso no resulta procedente la re-liquidación de la pensión de jubilación de la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA, toda vez que no es viable conforme a la Ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a su retiro definitivo, y no están enlistados como factor salarial para el Ingreso Base de Liquidación.

Como excepciones de mérito presentó las de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* y *"COMPENSACIÓN"*.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 25 de febrero de 2019; luego de subsanada, fue admitida mediante auto del 02 de abril del mismo año y notificada mediante estado electrónico 044 de 2019.

Por auto del 23 de septiembre de 2019, se cita a las partes a audiencia inicial para el 28 de noviembre de 2019; llegada la fecha señalada para la diligencia, la misma se realiza y se fija fecha para audiencia de pruebas para el 29 de enero de 2020, en ella se incorporan las documentales aportadas y se cerró el debate probatorio. Seguidamente, se corrió traslado para alegar de conclusión dentro de los 10 días siguientes.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: No presentó escrito de alegatos de conclusión.

FOMAG: Manifestó que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, porque de acuerdo a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, de fecha 28 de agosto de 2018, los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y se encuentren taxativos en la Ley y no enunciativos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público rindió concepto solicitando que se concedan parcialmente las pretensiones de la demanda, es decir, en cuanto a la bonificación mensual, que según el Decreto No. 1566 de 2014, fue devengada por el actor como factor salarial en el año 2015 y así este factor salarial no esté enlistado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, en





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

aras de la aplicación del principio de favorabilidad.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho a que se les re-liquide la pensión de vejez, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a que se le causó el derecho al reconocimiento de la pensión.

- TESIS

De acuerdo a la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, en el caso particular de la demandante, se debieron incluir en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica y la bonificación mensual.

En este orden de ideas, la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación los factores salariales devengados en el último año de servicios sobre los cuales se efectuaron los aportes al sistema y se encuentran previstos en la Ley 62 de 1985, es decir, la asignación básica y la bonificación mensual.

Sin embargo, el Despacho observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad demandada incluyó como factores salariales en la base de liquidación, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentos, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. No obstante, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante, ya que el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

A las anteriores conclusiones arribo el Despacho teniendo en cuenta los fundamentos jurisprudenciales, normativos y probatorios que a continuación se exponen:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Frente a las diferentes interpretaciones que se han presentado respecto a la manera de entender el régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente los parámetros fijados frente a la forma de calcular el promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto; si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado habían mantenido posturas diferentes, la primera plasmada



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

principalmente en las sentencias SU-230 de 2015 y Sentencia SU395 de 2017¹, mientras que el Máximo Órgano de Contencioso Administrativo, en las Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 con radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Las anteriores diferencias quedaron zanjadas con la expedición de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente: 680012333000201500569-01, del 25 de abril de 2019. Sentencia que, para los Jueces Administrativos, por mandato legal y jurisprudencia, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

Así mismo, la decisión adoptada por el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, debe acogerse aplicando de forma retrospectiva el precedente, es decir, que todos los casos que se encuentren en curso, ya sea en sede administrativa o judicial, deberán resolverse de acuerdo a los lineamientos expuesto en la sentencia de fecha 25 de abril de 2019, toda vez que en la citada providencia, en sus apartes finales, sostuvo:

“Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”.

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia”

Ahora bien, antes resolver el caso que nos ocupa, es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos relevantes traídos a colación por la sentencia del 25 de abril de 2019, sobre el estudio de

¹ Sentencia del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, donde fungen como demandantes Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E. liquidada-, Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-, Carlos Saúl Suárez y Álvaro Córdoba Nieto en contra del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsecciones A y B- e Instituto de Seguros Sociales -Hoy Colpensiones-

² La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior. (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

los factores que componen el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente:

- ✓ 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 Social³, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ 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.
- ✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.
- ✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales"⁴.

³ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social. dispone: "[...] Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida".

⁴ Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que:

"[...] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal "son empleados oficiales de régimen especial"; según las previsiones del mismo, la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutaban de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial (Resaltado fuera de texto).

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

- ✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁵, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres⁶.

Ahora bien, de acuerdo a la sentencia del 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado, el Despacho se permite exponer a continuación los aspectos que considera más destacados y que nos servirán de apoyo para resolver la presente aporía. Así pues, tenemos que en dicha providencia se analizó lo siguiente:

En cuanto al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en la referida sentencia del Consejo de Estado, se aclaró que de acuerdo con el párrafo 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.

También señaló que 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 1º de la Ley 33 de 1985.

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

Ahora bien, la Ley 60 de 1993⁴ dispone que 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. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que "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". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

⁵ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

⁶ La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso:

"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 la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres
« ... »"





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"⁷.

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 1º de la Ley 62 de 1985.

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 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.

Lo anterior quiere decir que los factores salariales que conforman la base de liquidación del aporte del 8% de la Nación, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

"La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".

De otro lado, 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

⁷ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

"ARTÍCULO 1º. 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".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

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 periodo 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.

Finalmente, conforme el parágrafo 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:

- a. 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 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.

De los anteriores puntos extraídos de la sentencia del Consejo de Estado en fecha 25 de abril de 2019, se concluye que para los docentes vinculados al servicio público educativo oficial existen dos regímenes pensionales, los cuales son, el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 (para docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), y el régimen de pensión de prima media (para aquellos vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003).

Que para los docentes cobijados por el régimen de pensión de la ley 33 de 1985, el periodo de tiempo para determinar el ingreso base de liquidación es tomando el último año de servicio docente; que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar son los expresamente señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, lo cuales 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.

De tal manera que para la liquidación de las pensiones de estos docentes sólo se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones de conformidad al artículo 1º de la Ley 62 de 1985.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que, la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA, promovió el presente medio de control con la finalidad de lograr la re-liquidación de su pensión de jubilación, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la obtención del status de pensionado.

En el presente caso lo primero que el Despacho debe tener en cuenta, es la fecha de vinculación de la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA al servicio oficial docente, que de acuerdo con lo probado en el proceso, fue el **29 de agosto de 1977**.

Según esta fecha, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA, era docente nacionalizada.

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La demandante en su condición de docente nacionalizada vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, de acuerdo con la regla fijada en esta sentencia, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- 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

En el caso concreto, tal y como consta en el folio 129 del expediente, la docente aportó sobre la asignación básica, auxilio movilización, bonificación mensual, prima de grado, prima de alimentación especial, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, de acuerdo con la obligación prevista en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA, en su condición de docente nacionalizada, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podían tomar en cuenta los **factores devengados** en el último año de servicios, como auxilio movilización, prima de grado, prima de alimentación especial, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, pues estos factores no constituyen base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales que sirvieron de base para la re-liquidación - Resolución No. 2774 del 05 de septiembre de 2016	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Sueldo Básico	Asignación básica
Auxilio Movilización	Gastos de Representación
Prima de Alimentación	Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
Prima de Clima	Dominicales y Feriados
Prima de Escalafón	Horas Extras
Prima de Grado	Bonificación por servicios prestados
Prima de Navidad	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio
Prima de Vacaciones	

Como se muestra en el cuadro anterior, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, en el caso particular de la demandante, se debieron incluir en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica y la bonificación mensual.

En este orden de ideas, la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación los factores salariales devengados en el último año de servicios sobre los cuales se efectuaron los aportes al sistema y se encuentran previstos en la Ley 62 de 1985, es decir, la asignación básica y la bonificación mensual.

Sin embargo, el Despacho observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad demandada incluyó como factores salariales en la base de liquidación, auxilio movilización, prima de grado, prima de alimentación especial, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. No obstante, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante, ya que el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Luego entonces, de acuerdo a lo antes expuesto, la entidad demandada deberá re-liquidar la pensión de vejez de la demandante en suma equivalente al 75% del promedio de los factores salariales **devengados** en el último año de servicios sobre los cuales se efectuaron los aportes al sistema y se encuentran previstos en la Ley 62 de 1985; en este caso, conforme a la aclaración presentada, teniendo en cuenta además de los factores salariales consignados en la **Resolución**



Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

No. 2774 del 05 de septiembre de 2016, la bonificación mensual devengada en el último año de servicio.

Se condenará al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, a pagar a la señora NURY DEL ROSARIO JIRADO DE OLAYA las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.

Las sumas a favor de la demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone 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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado⁸ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2774 del 05 de septiembre de 2016, expedida por la entidad demandada; de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, a re-liquidar la pensión de vejez de la demandante en suma equivalente al 75% del promedio que resulte de sumar además de los factores salariales consignados en la Resolución No. 2774 del 05 de septiembre de 2016, la bonificación mensual devengada en el último año de servicio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO: **CONDENASE** a la Demandada, pagar a la demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de vejez, según lo dispuesto en el numeral anterior de la parte resolutive de esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

⁸ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014. Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00042-00

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

SEPTIMO: Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍNGUEZ
Juez

