



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P. Barranquilla, Septiembre 30 de 2019

Radicado	08001-3333-006-2018-00169-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación.
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

I.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES.

1. Pretensiones.

Pretende la parte demandante que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

- Que se declare la nulidad parcial de la **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, expedidas por la Nación Ministerio de educación – FOMAG, por intermedio del Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al actor, en la que no se incluyeron los factores salariales **prima de alimentación especial y horas extras** como parte de factor salarial.
- Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación, a restablecer el derecho que le asiste en el sentido que se reliquide y ordene el pago de la pensión de jubilación al adquirir el status, con inclusión de los factores salariales tales como, la **prima de alimentación especial y horas extras** y todos los demás que según la ley tenga derecho.
- Que se ordene a las accionadas a liquidar y pagar a la actora las diferencias que se generen a favor de ella [retroactivo resultante de la reliquidación], debidamente indexadas con los respectivos intereses moratorios, así como efectuar el pago de las mesadas atrasadas, desde que se tuvo consolidado el derecho, hasta su correspondiente inclusión en nómina y que el pago del incremento decretado siga pagándose indexado en las mesadas futuras.
- Que se ordene a las encausadas el pago de intereses moratorios al tenor de lo señalado en el artículo 192 del CPACA.

-. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2. Hechos.

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

-. La señora NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA, cumplió con los requisitos de tiempo de servicios y edad que exige el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues laboró como docente oficial más de 20 años con el Magisterio y cumplió con la edad para obtener el estatus de pensionada.

-. Que la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de la Pensión de Jubilación de la demandante, la cual reconoció únicamente como factores salariales tales como el sueldo, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de vivienda, sin tener en cuenta la prima de alimentación especial y horas extras, que considera son igualmente factores salariales percibidos por ésta durante el último año anterior al reconocimiento de su estatus como pensionada.

3. Normas violadas

➤ Ley 91 de 1989 artículo 15, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985 Decreto 1045 de 1978.

4. Concepto de violación - Violación de las normas en que debería fundarse:

Arguye la parte actora que existe vulneración de los artículos 3º de la ley 33 de 1985 y 1º de la ley 62 de 1985, debido a que el FOMAG aplicó al momento de liquidar la prestación de retiro de la demandante, *en sentido literal o restringido*, conducta ésta que viola dichas normas, en razón de lo expuesto por el Consejo de Estado en varios pronunciamientos, en particular, la Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda en Sentencia del 4 de agosto de 2010 expediente No. 250002325000200607509 01.- Número Interno: 0112-2009, con ponencia del doctor VICTOR ALVARADO ARDILA en la que se estableció que la lista de los factores salariales establecida en la ley 33 de 1985 y en la ley 62 del mismo año, no es taxativa sino que es meramente enunciativa, lo cual no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador (...)

5. Contestación de las demandadas.

5.1. Nación Ministerio de Educación – FOMAG.

La demandada, Nación – Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que la parte actora no demostró haber desvirtuado la presunción de legalidad del acto cuya nulidad suplica, en particular, la pretendida infracción de las normas en que debería fundarse la decisión que reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en causa procesal por pasiva, compensación y la excepción genérica o

innominada [de las cuales las excepciones previas fueron resueltas en audiencia inicial de fecha 6 de junio de 2019]¹.

Comenta que la pensión de jubilación de la señora NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA se liquidó con observancia de lo señalado en el ordenamiento jurídico, en particular en la Ley 33 de 1985, por haber cumplido los requisitos de edad, de 55 años y el tiempo de servicios de 20 años.

Alegó la encausada que no es posible atender a las pretensiones de la demanda, en tanto que según el principio de sostenibilidad financiera que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, elevó a rango constitucional, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, así como la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta un detrimento del presupuesto público el hecho de hacer pagar al Fondo de Prestaciones unos dineros para una pensión de retiro, sobre factores que la docente no cotizó estando en actividad.

5.2. Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación.

Esta entidad propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa procesal por pasiva, misma que fue declarada probada por el Juzgado en audiencia inicial del 6 de junio de 2019, razón por la cual, a la fecha en que se profiere la presente decisión, no es parte en el presente proceso.

6. Alegatos.

Las partes alegaron de conclusión en estrados, en la audiencia inicial del 6 de junio de 2019, en la cual la demandante se ratificó en su posición al momento de fijar el litigio, mientras que la apoderada de la encausada Nación Ministerio de Educación – FOMAG, mencionó que además de reafirmar su posición en que se denieguen las súplicas de la demanda, la decisión que asuma el Despacho al momento de fallar tenga en cuenta la nueva postura asumida por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019; en lo que atañe a que los factores salariales a tener en cuenta en el IBL de las pensiones de los docentes oficiales, se ceñirá a los enlistados taxativamente en el artículo 3º de 1985, modificados por la Ley 62 de 1985 en su artículo 1º y que sobre los mismos se hayan efectuado las respectivas cotizaciones a la seguridad social².

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Procuradora Judicial I 173 Delegada en Asuntos Administrativos ante este Despacho rindió concepto dentro del presente asunto, en la audiencia inicial del 6 de junio de 2019, cuyas apreciaciones están registradas en la grabación de audio y video³.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD.

El Despacho encuentra que no existen vicios que puedan acarrear nulidades, por lo que se da por satisfecho el control de legalidad que se debe ejercer una vez se ha agotado cada etapa del

¹ Véase en el plenario el acta de audiencia inicial a folios 122-126

² Minutos 19:22-20:44 (Demandante) y 20:46- 22:32 (FOMAG) de la grabación de audio y video.

³ Minutos 22:35 al 25:13 de la grabación.

proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA. En consecuencia, se procede a dictar sentencia de fondo.

IV.- CONSIDERACIONES.

1. Problema Jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el 6 de junio de 2019⁴, el problema jurídico en el presente asunto se centra en determinar lo siguiente:

Si la señora NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, reliquide la pensión vitalicia de retiro reconocida en la **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, con inclusión de los factores salariales prima de alimentación especial y horas extras que reclama, y que devengaba en el último año inmediatamente anterior al momento de adquirir el status de pensionada.

2. Tesis del Despacho.

Como se expondrá en líneas posteriores, para este Despacho no se logró desvirtuar la presunción de legalidad ni la violación de las normas en que se debería fundar la **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, por cuanto ésta decisión administrativa se ajusta a las normas legales y al precedente jurisprudencial aplicable al presente asunto; pues la parte demandante no logró demostrar que la entidad demandada hubiere omitido la inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicios, anterior a adquirir el estatus de pensionado y que estos debían ser incluidos según el régimen pensional aplicable.

3. Lo probado en el proceso.

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

-. **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, por medio de la cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación, a la señora NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA, en la cual se incluyeron, como factores salariales, el sueldo [grado 14], subsidio de vivienda, prima de vacaciones y prima de navidad (Fls.15-17).

-. Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios – Consecutivo No. 0 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de fecha 17 de mayo de 2017, en el cual expresa que los factores salariales devengados por la demandante, durante el último año antes de adquirir el estatus de pensionada, esto es, lo devengado en el período comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre del año 2008 y el 1º de enero al 31 de diciembre de 2009 (fls.18-19y folios 212-122).

-. DVD contentivo del expediente administrativo de la señora NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA, Archivo en formato PDF de nombre 22471940 (folio 65).

⁴ Léanse actas de audiencia inicial a folios 122-126 del plenario.

-. Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, del 08/05/2017, en el cual consta que la demandante fue nombrada el 03/04/1975 y se posesionó en el cargo en fecha 12/04/1975 (folios 20-21 del expediente).

4. Marco normativo y jurisprudencial.

El Despacho considera pertinente, hacer un breve análisis de la normativa aplicada al actor al momento del reconocimiento de la pensión.

4.1. Ley 33 de 1985

En dicha Ley se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión Social y con las prestaciones sociales aplicables al personal vinculado al sector público, en el Art. 1° se lee:

“Art. 1°: 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”.

En el párrafo 2° del citado artículo, en lo que se refiere a régimen de transición, expresa:

“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley”.

Con relación a los factores salariales que se tienen en cuenta para la pensión de jubilación, el Art. 3° manifestó:

“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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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.” (Subrayado para resaltar)

El anterior artículo fue modificado por la ley 62 de 1985. Por lo tanto resulta de intereses pasar al estudio de la mencionada ley.

4.2. Ley 62 de 1985.

Su artículo primero (1º) estableció lo siguiente:

“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 la 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” (Subrayado para resaltar).

4.3. Ley 91 de 1989

En su Artículo 1º se estableció un régimen de pensión para los docentes, siendo el mismo del siguiente tenor:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”

En el artículo 3º se dispone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Y en el artículo 15 se señala lo siguiente:

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 1o. 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. (Nota: El aparte señalado en negrilla fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-506 de 2006.).

2. Pensiones:

(...)

B. Para los docentes **vinculados a partir del 1o de enero de 1981**, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá **sólo** una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán **del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional** y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (Nota 1: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-084 de 1999. Nota 2: Los apartes señalados en negrilla y subrayados simultáneamente, fueron declarados exequibles por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-506 de 2006).

4.4. Ley 100 de 1993 artículo 279.

Esta normatividad no es aplicable a los docentes, por las razones que nos permitimos detallar:

1.- Excluye a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación del Sistema integral de seguridad social – Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995. En la cual se manifestó:

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta”.

Y más adelante se expresó:

“Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993”.

4.5. Ley 812 de 2003.

En el Art. 81 de ésta Ley, se manifestó que los docentes que ya se encontraban vinculados con anterioridad a la expedición de la misma, podían seguir disfrutando del régimen pensional con el que venían, siendo el mismo del siguiente tenor:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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. (...)

En la Resolución que reconoció la pensión de jubilación al actor, se estableció que entre las disposiciones aplicables al caso concreto se enlistaba el Decreto 3752 de 2003.

4.6. DECRETO 3752 DE 2003.

Este Decreto fue expedido para reglamentar los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989, normas estas que le son aplicables al caso particular del actor como se aprecia en la evolución normativa que precede, como se puede leer a continuación:

“Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del Decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización. (Subrayado para resaltar).

Según toda la normatividad precedente se puede colegir 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; y ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

4.7. Precedente jurisprudencial actual Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado en la reciente Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SUJ-014-CE-S2-2019 de abril 25 del año en curso, estableció una nueva regla jurisprudencial vinculante y obligatoria para resolver asuntos relacionados con el índice base de liquidación de las

pensiones de jubilación de los docentes oficiales, ello de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-816 de 2011. Estableciéndose que:

“72. De acuerdo con 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 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”.*

Como viene de verse, es posible entender meridianamente que la lista de factores salariales establecida en la Ley 62 de 1985, *contrario sensu*, a lo expuesto en Sentencias de Unificación calendadas 04 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, deja de ser meramente enunciativa y se constituye en taxativa y de imperativa observancia, lo cual impide la inclusión de otros conceptos devengados por el docente durante el último año de prestación del servicio, distintos de los enlistados en la mencionada sentencia, para efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación, que no son otros que los mencionados en las leyes 33 y 62 de 1985, los cuales son: **i) Asignación básica, ii) Gastos de representación; iii) Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; iv) Dominicales Feriados y Horas Extras; v) Bonificación por servicios prestados y v) Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

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

En el *sub iudice*, la actora adquirió el status de pensionada a través de la **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, con efectos a partir del 09 de junio de 2009 (folios 15-17 del expediente). En la asignación mensual de retiro de la accionante se incluyeron los siguientes factores salariales: **a) Sueldo [Grado 14] b) Subsidio de vivienda c) 1/12 prima de vacaciones y d) 1/12 de Prima de Navidad**; mientras que la reclamante devengó, durante el último año antes de obtener el estatus de pensionado, los factores salariales de: **a) asignación básica (sueldo), b) prima de alimentación especial; c) prima de navidad y d) prima de vacaciones docentes**, lo cual se evidencia en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios consecutivo No. 0 presente a folios 18-19 del instructivo⁵, donde los valores que la demandante solicita que se incluyan como factores salariales, a saber: la prima de navidad, no se encuentra

⁵ Léase el formato para la expedición de certificado de salarios consecutivo No. 0 presente a folios 18-19.

dentro de los factores enlistados en la Ley 33 y la Ley 62 de 1985; mientras que, en lo que atañe a **las horas extra**, que si figuran enlistadas como salario en las normas y ratificadas por la jurisprudencia, no se demostró en el plenario que la demandante hubiere cotizado sobre tales factores salariales.

De acuerdo con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, obrante a folios 20-21 del expediente, la demandante fue nombrada el 3 de abril de 1975, se posesionó en el cargo el 12 de abril de 1975 prestando sus servicios como docente desde dicha fecha, es decir, que se encuentra sujeta al régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985. Conforme la regla jurisprudencial sentada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en su Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de abril 25 de 2019, para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, los factores que han de tenerse en cuenta son aquellos sobre los cuales haya efectuado aportes y, de manera taxativa, los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y mencionados en el precitado proveído de unificación del Consejo de Estado, a saber:

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

Como se observa en la certificación expedida por el FOMAG y aportada junto con el libelo de demanda Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, consecutivo No.0, de fecha 17/05/2017, correspondiente a lo devengado por la actora en el período comprendido entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2008 y 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009 (períodos en los cuales se encuadra el último año de salarios devengado por la demandante); donde claramente se lee que los factores devengados por la demandante fueron a saber: **a) Asignación Básica o Sueldo b) Prima de alimentación especial c) Prima de navidad c) Prima de vacaciones docentes y d) Subsidio de vivienda** (folios 18 y 19 del expediente).

Así entonces, entre todos los factores salariales devengados por la actora durante el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus de pensionada, sobre los cuales efectuaron aportes, se encuentra únicamente el sueldo básico, mientras que los demás emolumentos pretendidos no se encuentran enunciados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

En lo que respecta a las horas extra que pretende la solicitante en el libelo de demanda, se observa que si bien este emolumento si aparece enlistado como factor salarial para liquidar la pensión de los docentes, ésta no demostró que hubiere devengado horas extra durante el último año antes de adquirir el estatus de pensionada; razón por la cual, al no haberlo demostrado, no se puede acceder a incluir dicho factor como parte de los que si se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de retiro de la docente.

Aunado a lo anterior, de acuerdo al Formato Único Para la Expedición de Certificado de Salarios, tantas veces mencionado, la actora devengó, entre el 21 de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre del 2009, es decir, el último período de servicios anterior a obtener la reliquidación pensional, además de la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones docentes y el subsidio de vivienda, de los cuales sólo haría parte de los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, el de la asignación básica, el cual no está en reclamo.

De contera, tales períodos no fueron certificados como factores de los cuales se hayan realizado aportes, por lo tanto, estos tampoco pueden tenerse en cuenta como base de liquidación para determinar el monto de la reliquidación pensional que se pretende.

En este orden de ideas, es forzoso para este Despacho concluir que al demandante, NANCY ISABEL GONZÁLEZ MENDOZA, no le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión en el ingreso base de liquidación los factores de prima de alimentación especial, al no estar previsto en la Ley 62 de 1985, ni se verificó la realización de aportes sobre este factor ni se ordenará la inclusión de factor salarial de horas extras, por no haberse demostrado que la reclamante devengó dicho factor, antes de adquirir su estatus de pensionada.

Así las cosas, teniendo en cuenta el contexto actual, planteado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SUJ-014-CE-S2-2019 de abril 25 de 2019, se tiene que la parte demandante no desvirtuó la presunción de legalidad que recae sobre la **Resolución 0787 del 24 de noviembre de 2009**, expedida por la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, por intermedio del Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

6. Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta que no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta, dilación sistemática del trámite o deslealtad, máxime cuando la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V.- FALLA

PRIMERO: Deniéguense las súplicas de la demanda, en concordancia con lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

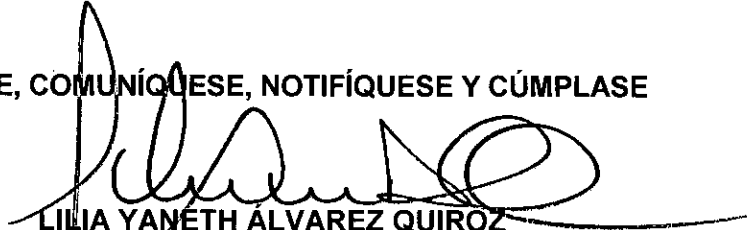
TERCERO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

CUARTO: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A. y C.A.

QUINTO: Notifíquese personalmente el presente fallo a la señora Procuradora Delegada ante este Despacho.

SEXTO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

ACO