

Cartagena de Indias D.T. y C., Veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00275-01
Demandante	ELVIA ROSA ARIAS FLÓREZ
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.- Revoca- Reconocimiento de bonificación mensual.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 25 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

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

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora ELVIA ROSA ARIAS FLÓREZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la

¹Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

² Folio 1- 19 c. 1

13-001-33-33-013-2017-00275-01

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

"1. Se declare la nulidad parcial de la resolución Número 181 del 9 de agosto de 2016, expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina del MUNICIPIO DE MAGANGUE por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a ELVIA ROSA ARIAS FLORES, con cedula de ciudadanía No. 33.194.084.

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Nación- Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a ELVIA ROSA ARIAS FLORES con cedula de ciudadanía No.33.194.084 pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado.

3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b.

4. Que, sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

5. Condenar, igualmente a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.

6. Condenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A (Ley 1437 de 2011).

7. Condenar en costas a la entidad demandada."

3.1.2. Hechos⁴.

³ Fols. 1-2 Cdno 1.

⁴ Fols. 2 Cdno 1

13-001-33-33-013-2017-00275-01

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

La señora ELVIA ROSA ARIAS FLÓREZ, nació el 4 de diciembre de 1955 y prestó sus servicios por más de 20 años como docente nacional; que mediante Resolución No. 181 del 9 de agosto de 2016 se le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$2.042.753 efectiva a partir del 06 de junio de 2016.

Afirma la demandante que, para la liquidación de su pensión de jubilación, únicamente se le tuvo en cuenta la asignación básica mensual, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón y prima de vacaciones, desconociendo los demás factores, tales como la prima de navidad y prima de servicios.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 1, 2, 3, 5, 6, 13, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336
- Ley 91 de 1989

Expone el demandante que el Decreto 3752 de 2003 es violatorio de la Constitución Política en su artículo 53 al modificar de manera ilegal, el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirma que en el acto administrativo demandado se aplicó de manera indebida la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, al no incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios por el demandante.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁵:

La entidad demandada no contestó la presente demanda.

⁵ Fols. 76 Cdno 1.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 25 de octubre de 2018, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo que la pensión ordinaria de jubilación de un docente vinculado al Magisterio oficial antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, así el status se adquiriera con posterioridad a estas normativas, se liquida conformando el ingreso base de liquidación con los factores devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo para acceder a dicha prestación periódica, y los aludidos factores son los establecidos de forma taxativa por las leyes 33 y 62 de 1985, o sobre los que se demuestre que efectivamente se cotizó para pensiones, como lo indicó de forma precisa y concreta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

En el caso concreto, concluyó que en cuanto a la prima de navidad la misma no es un factor salarial conforme los lineamientos de la Ley 33 de 1985 y las normas especiales que regulan a los docentes, sobre el cual se realicen apostes a pensiones. De igual forma, determinó que la prima de servicios se creó como factor salarial para efector de liquidar las cesantías, prima de vacaciones y prima de navidad, pero que en ningún momento se le dio el carácter de factor para liquidación de aportes a seguridad social.

En relación a la bonificación mensual estableció que la misma se encontraba probada a folio 22, constituyendo factor para efectos de liquidación para aportes obligatorios, como lo es el aporte a pensión. Respecto a las primas de grado, clima y escalafón determinó que fueron reconocidas para liquidar la pensión de la demandante bajo el concepto otras primas del acto administrativo enjuiciado.

A criterio del A-quo, el ingreso base de liquidación de la demandante debió corresponder a sueldo básico y bonificación mensual, por lo que revisada la liquidación realizada por la entidad demandada al momento de establecer el monto de la mesada esta incluyó como factores: sueldo básico, primas de

⁶ Fols. 97-106 Cdno 1.

grado, clima, escalafón y la ½ parte de la prima de vacaciones, siendo superior el valor que para la fecha de status pensional le correspondía.

Finalmente, aduce que la parte actora no demostró haber realizado aportes a pensiones sobre la prima de navidad y prima de servicios.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 07 de noviembre de 2018 la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que la sentencia del 28 de agosto de 2018 no le resulta aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales fueron exceptuados por la Ley 91 de 1989.

Trae a colación como fundamento legal de su apelación, la acción de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado de fecha 27 de septiembre de 2018, el cual dejó sin efectos la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y ordenando que dentro de los 30 días siguientes proferiera un nuevo fallo. Dicha decisión dejó claro que no deben ser mezclados el régimen docente con el régimen de transición de los servidores públicos, y que estos se liquidarán bajo la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985.

Concluye indicando que, si bien el funcionario está obligado a pagar los correspondientes aportes sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación de la base de liquidación de su pensión, ocurre que si esta obligación no se cumple por cualquier motivo ello no da origen a que se niegue la inclusión de dicho factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad haga los descuentos correspondientes; por lo que el hecho de que la administración no haya descontado dichos aportes sobre algunos factores, no impide su reconocimiento, omisión que es atribuible al empleador.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 13 de marzo de 2019⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio

⁷ Fols. 107-112 Cdno 1.

⁸ Fol. 2 Cdno 2

del recurso el 21 de mayo de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 17 de octubre de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante: La parte accionante no presentó alegatos de conclusión.

3.6.2. Parte demandada¹¹: Presentó su escrito el 05 de noviembre de 2019, de manera extemporánea, habiendo vencido el término de los 10 días, el 01 de noviembre de 2019.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

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

¿Es procedente la reliquidación de la pensión de la señora ELVIA ARIAS FLÓREZ con inclusión de todos los factores salariales devengados en el

⁹ Fol. 5 Cdno 2

¹⁰ Fol. 9 Cdno 2.

¹¹ Fol. 12-13 Cdno 2.

último año de servicio, así no estén contemplados taxativamente en la Ley 33 de 1985?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala encuentra que, en el caso concreto la accionante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de la adquisición del estatus, sin embargo, el precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, determinó que, a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, solo deben reconocérsele los factores señalados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión, o aquellos factores sobre los cuales la norma establezca que se deben hacer los descuentos para aportes obligatorios a pensión.

Por lo anterior, la Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para ordenar el reconocimiento e inclusión de la bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15, conforme a lo plasmado por el H. Consejo de Estado, Sección Quinta, en sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019 M.P: Rocío Araujo, la cual estableció, que si bien la referida prestación no se halla enlistada dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, porque se creó con posterioridad, la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cubija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹².

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, “no cubija a los docentes afiliados

¹² Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

13-001-33-33-013-2017-00275-01

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

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹³.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

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

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

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

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada

¹³ *Ibídem.*

13-001-33-33-013-2017-00275-01

a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

"I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres."

5.4.3. Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)

El literal B del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° señala:

13-001-33-33-013-2017-00275-01

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente.

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado¹⁴ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

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

50. 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”.

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes

¹⁴ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁵ Ibídem.

de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.” (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹⁶ vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.4.4. Frente a la bonificación mensual

Sobre el reconocimiento de este factor salarial, se pronunció el H. Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P: Rocío Araujo, en sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019, al respecto manifestó¹⁷.

“El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas. En palabras de la Corte Constitucional “la favorabilidad opera, entonces, no solo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”

¹⁶ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTECICIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, MAGISTRADA PONENTE: ROCIO ARAUJO OÑATE, Bgota D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), referencia: ACCION DE TUTELA, Radicación: 11001-03-15-000-2019-04192-00, Demandante: JESUS ANTONO RAVE, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS.

13-001-33-33-013-2017-00275-01

Frente al caso concreto se tiene que, existen diversas interpretaciones frente al hecho de si puede haber reliquidación pensional de un docente por nuevos factores. Por tal motivo este juez constitucional, en virtud del principio de favorabilidad laboral, el cual es de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales, deberá resolver la duda en favor del trabajador, situación que conduce inexorablemente a afirmar que, para el caso concreto si puede existir reliquidación pensional por factores adquiridos con posterioridad al estatus jurídico, de conformidad con el marco normativo especial de los docentes, en consonancia con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

La postura en mención, no deviene irracional teniendo en cuenta que, si bien la referida interpretación no se halla enlistada dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, porque que se creó por posterioridad, la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizaran de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Lo anterior, aunado al hecho que se corroboró del expediente ordinario que, para el momento en que el docente devengó la bonificación mensual, estaba vigente el Decreto que le dio origen y que había sido percibida durante su último año de servicios.

Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que estableció que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes".

Como conclusión, encontró la Sala que en virtud del principio de favorabilidad laboral y teniendo en cuenta la interpretación sistemática que rige la situación pensional de los docentes, amparar el derecho fundamental del actor al debido proceso, por lo que le ordenó al Tribunal accionado analizar debidamente la aplicabilidad de las disposiciones que crearon la bonificación mensual para los docentes a efectos de incluir dicho factor en el ingreso base de liquidación pensional.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

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

- La demandante nació el 4 de diciembre de 1955¹⁸.
- Se encuentra probado que la actora, prestó sus servicios como docente nacional desde el 05 de junio de 1996, y obtuvo el status pensional el 05 de junio de 2016, fecha en la que cumplió 20 años de servicio¹⁹.
- Mediante Resolución No. 181 del 9 de agosto de 2016, se le reconoció pensión de jubilación a partir del 06 de junio de 2016²⁰.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 05 de junio de 2015 y el 05 de junio de 2016, y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica, la prima de vacaciones, prima de clima , prima de grado y prima de escalafón, las cuales sumadas las tres en el año inmediatamente anterior devengó los trescientos sesenta pesos (\$360.000.00) que están plasmados en el acto administrativo aquí demandado parcialmente.²¹.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente y prima de vacaciones²².

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

En el sub-examine el acto enjuiciado es la Resolución No.181 del 9 de agosto de 2016, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación nacionalizado a la señora Elvia Rosa Arias Flórez.

¹⁸ Fol. 27 cdno 1

¹⁹ Fol. 20-21 cdno 1

²⁰ Fols. *ibidem*

²¹ Fol. *ibidem*

²² Fol. 22.

13-001-33-33-013-2017-00275-01

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora Elvia Rosa Arias Flórez, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 181 del 9 de agosto de 2016, en calidad de docente nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra que el último año de servicio anterior al status de pensionada de la actora fue el que transcurrió entre el año 2015-2016.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación de la señora Elvia Rosa Arias Flórez al servicio oficial docente, que de acuerdo con probado en el proceso fue el 05 de junio de 1996.

Según lo anterior, 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 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89 tal como lo señala el juez de primera instancia, tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, al determinar que los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, deben determinarse las reglas a aplicar para calcular la pensión de la interesada. Al respecto, la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019 señala, que los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 son los siguientes:

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

13-001-33-33-013-2017-00275-01

Como se muestra 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, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 22-23, los factores relacionados allí (Prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación mensual), no hacen parte de la Ley 33 de 1985; sin embargo en el acto de reconocimiento le fue incluida la prima de vacaciones, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, como quiera que esto no es el objeto de la impugnación, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno, al tratarse de apelante único.

En el presente caso, la demandante no acreditó dentro de este plenario que hubiera realizado aportes sobre la bonificación mensual, prima de navidad y prima de servicios; factores que, además, no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62/1985, por medio de la cual se modificó la Ley 33/1985, como parte del ingreso base de cotización. Por ello, atinó la entidad demandada al no incluirlos en el IBL.

No obstante, lo anterior, el Decreto 123 del 26 de enero de 2016 *“Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones, en su artículo 1 establece:*

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o la Sección 4, Capítulo 5, Título 3, Parte 3 del Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de enero de 2016 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2016, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2016 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2017”.

13-001-33-33-013-2017-00275-01

A juicio de la Sala, la norma transcrita, además de establecer la bonificación mensual a favor de los docentes y directivos allí descritos, dispuso que tendría carácter salarial y se tiene en cuenta para todos los efectos legales, lo que en principio supone que se tendría en cuenta para efectos prestacionales y pensionales; y si alguna duda surgiera acerca de su integración al ingreso base de cotización, señaló que se tendría en cuenta para efectos de **los aportes obligatorios de conformidad con las normas vigentes y entre dichos aportes se cuenta sin duda los destinados al sistema de seguridad social en pensiones.**

Debe resaltarse en el presente caso que, si bien en principio el IBL de la demandante se debe conformar con los factores salariales previstos en la Ley 62/1985, ello no impide incluir otros factores salariales previstos en normas posteriores, siempre que ellas lo autoricen y dispongan efectuar los aportes correspondientes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, como en efecto lo dispuso el Decreto 123 del 26 de enero de 2016 respecto de la bonificación mensual.

Aunque en el presente caso no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensiones sobre la bonificación mensual, debió hacerlo por mandato legal; y por ello se dispondrá incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y re liquidar su pensión de jubilación y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes sobre dicho factor, se deberá descontar del valor de la condena la suma que correspondía al docente con destino al FOMAG.

En ese orden de ideas, se ordenará la reliquidación de la pensión de la señora ELVIA ARIAS FLÓREZ únicamente en lo que respecta a la inclusión de la bonificación mensual como factor salarial, percibidas desde el 06 de junio de 2015 al 06 de junio de 2016. La condena anterior deberá ser indexada conforme lo establece el artículo 187 del CPACA, de acuerdo con la fórmula que en la parte resolutive de esta providencia se expondrá.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 181 del 9 de agosto de 2016, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual a partir del 06 de junio de 2016.

5.5.3. Prescripción.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se puede concluir que el caso concreto no operó el fenómeno de la prescripción, toda vez que la señora Elvia Rosa Arias Flórez adquirió el status de pensionada el 05 de junio de 2016, la resolución que reconoce la pensión de jubilación fue expedida el 09 de agosto de 2016 (fol. 20), y la demanda fue presentada el 07 de noviembre de 2017 (fol. 49); por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

5.6. De la condena en costa.

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

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

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

VI.- FALLA:

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

13-001-33-33-013-2017-00275-01

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLARESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 181 del 09 de agosto de 2016, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante señora ELVIA ROSA ARIAS FLÓREZ, expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Municipal de Magangué- Bolívar, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIAL DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora ELVIA ROSA ARIAS FLÓREZ, teniendo en cuenta además de los factores reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual, a partir del 06 de junio de 2016.

CUARTO: Las diferencias pensionales que resulten a favor de la demandante deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de diferencia pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE", vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta instancia, en caso que ello no se hubiere hecho.

SEXTO: DECLARAR que no operó el fenómeno de la prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda.

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

DÉCIMO: DEVUELVA el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN