Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-010-2017-00274-01**
Demandante	**MARY BLANDON SOTO**
Demandado	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**
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.-* ***Modifica sentencia que accedió a las pretensiones – solo se incluirán las horas extras y la bonificación mensual***
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión[1], a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia del 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

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

[1] Esta 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

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA[2]

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora MARY BLANDON SOTO instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1 Pretensiones[3]

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2015 *(sic)*, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades accionadas a reconocer y pagar, el reajuste de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año anterior al status pensional que adquirió el 28 de octubre de 2015.

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

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

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

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

SÉPTIMO: Condenar en costas y agencias en derecho

---

[2] Fl 1-13
[3] Fl 2-3

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos[4]

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

La señora MARY BLANDON SOTO, laboró en la docencia oficial por más de 20 años, por lo que, al cumplir con los requisitos legales le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la entidad demandada, a través de la Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2015 *(sic)*.

En dicho acto administrativo, solo se le tuvo en cuenta la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, el auxilio de movilización, y la prima de navidad como la base de liquidación de la pensión, dejando por fuera la prima de servicios y demás factores recibidos en el último año de servicios.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003, y Decreto 1045 de 1978.

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

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

[4] Fl 4

de Estado, del 4 de agosto de 2010, deben incluirse en la base de liquidación todos los factores devengados en el último año de servicios.

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO[5].

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

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

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez la demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente (Ley 100/93 y 797/03).

Como excepciones propone la ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

3.2.2 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR[6]

Esta entidad manifestó que se opone a las razones jurídicas y fácticas expuestas en el correspondiente escrito de demanda y solicita que sean desestimadas las pretensiones de la demandante toda vez que los actos administrativos enjuiciados se encuentran ajustados a derecho; además,

[5] Folio 52-62
[6] Folio 122-126

aduce la existencia de falta de legitimidad por pasiva e inexistencia de la obligación por parte del Departamento de Bolívar.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[7]

Por medio de providencia del 6 de marzo de 2019, el Juez Décimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda así:

> *"PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2016, mediante la cual se le reconoció pensión de jubilación a la señora Mary Crecencia Blandon Soto.*
>
> *SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN • MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Mary Crecencia Blandon Soto, con la inclusión de la prima de servicios, bonificación mensual y horas extras, en la proporción en que fue devengada en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionada.*
>
> *TERCERO: Las diferencias pensionales que resulten a favor del demandante, deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula: (…)*
>
> *CUARTO: Del monto a reconocer, la entidad demandada podrá descontar los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, en caso tal de que no se hubiese efectuado deducción*
>
> *QUINTO: condenar en costas a la demandada (…)".*

Como sustento de su decisión, el Juez a quo expuso, que la reciente Sentencia de Unificación Jurisprudencial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 28 de agosto de 2018 no era aplicable al caso concreto, como quiera que ésta se refiere a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no debe perderse de vista que en las consideraciones de ese fallo unificador se precisó en forma expresa, que *«la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición».*

[7] Folio 174-186

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

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

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

3.4 RECURSO DE APELACIÓN[8]

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

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

Afirma que, si bien es cierto que el contenido de la primera subregla, *"no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993"*; lo anterior, no sucede con la segunda subregla, que sí afectó a todas aquellas personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985, incluyendo a los docentes oficiales a los que se les aplica la Ley 33/85, por remisión de la Ley 91/89.

Indicó, que le anterior criterio fue aplicado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia del 10 de octubre de 2018[9], en un caso similar, en la cual revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad parcial de los actos acusados, y condenó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar la

[8] Folio 187-192
[9] Consejero Ponente Rafael Francisco Suarez Vargas, radicado 05001-23-33-000-2015-00871-01 (3058-17)

pensión de la demandante a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional, incluyendo los factores que tienen carácter legal.

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

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 11 de julio de 2019[10], por lo que 9 de octubre de 2019 se procedió a admitirla[11], y se corrió traslado para alegar el 22 de noviembre de 2019[12].

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión; de igual forma el Ministerio Público no presentó concepto.

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.

---

[10] Folio 3 c. 2
[11] Folio 5 c. 2
[12] Folio 10 ibídem

5.2 Problema jurídico

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

> *¿Tiene derecho la señora MARY BLANDON SOTO a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?*

5.3 Tesis de la Sala

La Sala MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia, excluyendo el factor salarial correspondiente a la prima de servicios y confirmará en lo relacionado con las horas extras y la bonificación mensual, como factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de la demandante.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG[13].

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia así como la primera subregla, "*no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición*".

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica[14].

---

[13] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.
[14] *Ibídem*.

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 1°, dispuso lo siguiente:

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

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

> *"I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*
>
> *II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres."*

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:

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

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

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado[15] los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al

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

régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificatorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

> *"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.*
>
> *50. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos 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 Estado[16], acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

> *"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de1985, 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 docentes[17] vinculados a partir de 1° 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° 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%.

---

[16] Ibídem.
[17] Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

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:

- Se aportó copia de la cedula de ciudadanía que demuestra que la señora MARY CRECENCIA BLANDON SOTO nació el 27 de octubre de 1960, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2015[17].

- Que, laboró al servicio del Magisterio por más de 23 años, desde el 13 de mayo de 1992 hasta el 27 de octubre de 2015[18].

- Que a través Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2016, se reconoció una pensión de jubilación en su favor, teniendo en cuenta el 75% de la asignación básica, el auxilio de movilización, la prima de navidad, y la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2014-2015); quedando liquidada la mesada pensional en un valor de $2.420.539, efectivos a partir del 28 de octubre de 2015[19].

- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que en el año 2014-2015 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual 1/junio/14 -31 diciembre/15, prima de servicios y horas extras**[20].

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

El acto demandado es la Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2015, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora MARY CRECENCIA BLANDON SOTO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

[18] Folio 14-16
[19] Fol. 15
[20] Fol. 24-27

mediante Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2016, por haber prestado sus servicios como docente estatal.

Que, en dicho acto administrativo se expuso que la accionante contaba con los requisitos para acceder a la pensión, pues cumplió los 55 años de edad el 27 de octubre de 2015[21], y que había laborado el Magisterio por más de 23 años, desde el 13 de mayo de 1992 hasta el 27 de octubre de 2015[22]; para efectos de liquidar la mesada pensional se tuvo en cuenta el 75% de la asignación básica, el auxilio de movilización, la prima de navidad, y la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2014-2015).

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

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

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

Ahora bien, conforme al certificado laboral potado al proceso, se tiene que en los años 2014-2015 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la accionante devengó los siguientes emolumentos: **asignación básica, auxilio**

[21] Folio 14
[22] Folio 14-16

de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual 1/junio/14 -31 diciembre/15, prima de servicios y horas extras[23]. Sin embargo, en la Resolución No. 2732 del 5 de septiembre de 2016, no se tuvieron en cuenta los 3 últimos factores mencionados, por los cuales hoy día se eleva reclamación.

Frente lo anterior, lo primero que advierte este Tribunal es que tanto el auxilio de movilización, como la prima de navidad, y la prima de vacaciones no hacen parte del listado taxativo de la Ley 33 y 62 de 1985, por lo que, de acuerdo con la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, dichos emolumentos no deberían hacer parte del IBL de la pensión de la accionante; sin embargo, sobre los mismos no se emitirá ningún pronunciamiento, como quiera que ese no es el objeto de este litigio.

De igual forma, no es procedente tener en cuenta la prima de servicios, como factor salarial para la liquidación de la pensión renombrada, como quiera que esta tampoco hace parte del listado taxativo de la Ley 33 y 62 de 1985; además, no se acreditó que sobre ella se hayan realizado aportes al sistema de seguridad social.

Por otra parte, no sucede lo mismo con las horas extras toda vez que dicho elemento sí se encuentra incluido dentro del listado taxativo de factores que componen el IBL, por lo cual debe ser tenido en cuenta aunque sobre ellas no se hayan realizado cotización al sistema. Lo anterior, en atención a que esta Corporación considera que no puede desconocerse que el deber de liquidar los aportes para pensión es del empleador, y que el trabajador no puede verse afectado por las omisiones que éstos realicen frente al cumplimiento de las normas legales. En ese sentido, debe resaltarse que la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85, establece de forma clara cuales son los factores sobre los cuales se debe cotizar la pensión y si el empleador no los tuvo en cuenta, las consecuencias de dicho descuido no pueden afectar a la parte más débil de la relación laboral.

En lo que se refiere a la bonificación mensual del 1/junio/14 – 31/diciembre/15, el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014, en su artículo 1 establece:

> *"ARTÍCULO 1. 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 el Decreto 804 de 1995, y*

[23] Fol. 24-27

pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, ***una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015,*** *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 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016".

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 1566 del 19 de agosto de 2014 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 reliquidar 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 MODIFICARÁ el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, excluyéndose el factor

salarial correspondiente a la prima de servicios, por lo aquí expuesto y en lo demás se confirmará.

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 MARY CRECENCIA BLANDON SOTO adquirió el status pensional el 27 de octubre de 2015, y se le reconoció su pensión mediante resolución del 5 de septiembre de 2016; mientras que la demanda fue presentada el 26 de octubre de 2017 (fol. 1), es decir, dentro del término establecido en la ley.

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.

En este caso, no procede la condena en costas por haber prosperado parcialmente el recurso y por ser el ministerio público, el apelante

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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia de fecha 6 de marzo de 2019 y en su lugar, determínese lo siguiente:

> *SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que proceda a reliquidar la pensión de*

jubilación de la señora Mary Crecencia Blandon Soto, con la inclusión de la bonificación mensual y las horas extras en la proporción en que fueron devengadas en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionada.

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 032 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN