

Cartagena de Indias D.T y C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2017-00075-01
Demandante	ROBERT OMAR SIERRA BARRERA
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reliquidación pensional docente – aplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019 – inclusión de la bonificación mensual.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Doce 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.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

2.2. Pretensiones

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la 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 pretensiones,

“1. Se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2184 del 31 de julio de 2015, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional Bolívar por la cual “se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación” a ROBERT OMAR SIERRA BARRERA, con cedula de ciudadanía No. 9.113.143 de El Carmen de Bolívar.

¹ Folio 3-14

13-001-33-33-012-2017-00075-01

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título (sic) 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, (sic) pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado. (Ver Cuadro 1).
3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo (sic) 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, 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 igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de BOLÍVAR, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011) y siguientes.
7. Se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Que el demandante prestó sus servicios como docente durante más de 20 años, que nació el 15 de julio de 1959.

Que mediante la Resolución No. 2184 del 31 de julio de 2015, se le reconoció una pensión de jubilación efectiva desde el 18 de julio de 2014, en cuantía de \$1.835.090.

Que la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente tuvo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, desconociendo los demás factores salariales como son la prima de navidad bonificación mensual y prima de servicios.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

13-001-33-33-012-2017-00075-01

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.
- Ley 6 de 1945
- Ley 33 de 1985
- Ley 91 de 1989

La parte actora sostiene que el acto acusado está incurso en la causal de nulidad de violación de normas de orden superior, tanto legal como constitucional.

Precisa que se han vulnerado las disposiciones de orden constitucional que garantizan la favorabilidad en la aplicación de las normas en materia laboral y la garantía de los derechos adquiridos.

Considera además que se ha desconocido el derecho del accionante de ser pensionado conforme al régimen que le correspondería como docente nacional en virtud de su ingreso al servicio con anterioridad al año de 1980.

En los términos del Artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y del Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a los docentes es el reconocido en la Ley 91 de 1989. Ello no ha cambiado para la demandante a pesar de lo previsto en la Ley 812 de 2003.

Por lo tanto la pensión del demandante, se debe liquidar, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, acatando lo dispuesto en la Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966, artículo 4; Decreto 1743 de 1966, artículo 5º; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; y Ley 91 de 1989, artículo 15.

El régimen aplicable debe ser el de la Ley 91 de 1989, en concordancia con la Ley 33 de 1985, liquidándose la pensión por aportes de conformidad con lo percibido durante el último año de servicio, pero incluyendo la totalidad de los factores salariales que se hubieren causado durante tal periodo.

El Decreto 3752 de 2003, desconoce las garantías de orden constitucional y representa un menoscabo en los derechos en favor del demandante y que consistían en la forma en que debían ser determinados los ingresos base de cotización y de liquidación de la pensión de jubilación. Esta norma solamente puede aplicar a las prestaciones que se causen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

13-001-33-33-012-2017-00075-01

A pesar de que lo previsto en el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 solamente aplica a los docentes que vinculen con posterioridad a su expedición, el Decreto 3752 que la reglamenta lo extendió a los docentes regidos por normas anteriores, lo que vino a constituir una extralimitación por parte del Gobierno Nacional como autoridad reglamentaria.

Durante la vinculación y a lo largo de la permanencia de la docente, tuvo claridad acerca de la base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales a las que tenía derecho. Al momento de serle reconocida la pensión de jubilación, al no incluirle unos factores para que dicho reconocimiento, le fueron desconocidos sus derechos adquiridos, se cambiaron las reglas del juego y se desmejoraron sus prestaciones, pues para efectos de su vinculación se aplicó una norma como fue la Ley 91 de 1989, en lo relativo a los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y ahora con ocasión del reconocimiento de la pensión, se aplica otra norma que resulta violatoria de la Constitución y de la ley.

VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Al momento de ser reconocida la pensión sin tener en cuenta todos los factores devengados por la docente, se configuró una violación del derecho a la igualdad con respecto de los docentes a quienes sí se ha tenido en cuenta estos factores al momento de ser pensionados. Cita como ejemplo la Resolución No. 925 del 17 de agosto de 2004.

No resulta entendible constitucionalmente por qué a los docentes que adquirieron el estatus con anterioridad a diciembre de 2003 y los que adquirieron el derecho con posterioridad a julio de 2007, sí se toman para realizar la liquidación de su mesada pensional todos los factores salariales devengados por éstos durante el último año antes de adquirir el estatus. Teniendo en cuenta que estos docentes gozan de un régimen especial en el sentido de que no es necesario el retiro del servicio para disfrutar de su pensión.

NORMAS INDEBIDAMENTE APLICABLES A LA SOLICITUD DE LA PENSIÓN

La pensión resultó indebidamente liquidada en virtud de la aplicación de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

La actora gozaba del régimen de docente nacionalizado, pues fue vinculada antes de 1980, de forma que no le es aplicable la Ley 812 de 2003, aunque ella reiteró el respecto de los derechos prestacionales de que gozaban los docentes nacionalizados.

Por el contrario, a la accionante le son aplicables las leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2001.

En cuanto al Decreto 3752 de 2003, en su Artículo 3 estableció la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, lo cual debe hacerse sobre las cotizaciones que efectúe el docente.

NORMA DEJADA DE APLICAR EN LA SOLICITUD DE PENSIÓN

En el presente caso la norma aplicable está contenida en los numerales 1 y 2 (literal b) del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y sobre ello debe tenerse en cuenta que la Entidad accionada ha admitido la condición de docente y nacionalizado en cabeza de la accionante.

La controversia gira en torno a qué debe entenderse como salario para efecto de liquidar el valor de la mesada pensional, y la parte actora considera que para el caso de los docentes no lo conforma únicamente la asignación básica, sino que lo constituyen todos los factores que recibe de su empleador por la labor desarrollada, como son: la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de vida cara, la prima de licenciatura, etc., tal como conste en la certificación que expida la Secretaría de Educación.

De otra parte, establece la Ley 33 de 1985 que la pensada pensional debe liquidarse en suma equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, precisándose además que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se deben liquidar sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Concluye la parte actora indicando que se debe reconocer la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales y aplicando la Ley 91 de 1989 y en igualdad de condiciones con los docentes que se jubilaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

2.5 Contestación²

2.5.1 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La parte demandada constituyó apoderado y presentó la contestación de la demanda, manifestando que se opone a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

Respecto de los hechos, la demandada precisa que le constan los relativos al reconocimiento de la prestación periódica y desestima los demás al considerar que se trata de apreciaciones subjetivas de carácter jurídico y precisa que la pensión ha sido reconocida y pagada de conformidad con las disposiciones vigentes aplicables, teniendo en cuenta los factores que la ley establece para tal efecto.

EXCEPCIONES

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes: Ineptitud de la demanda, no agotamiento vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y genérica.

RAZONES DE LA DEFENSA

La demandada indica que la liquidación de la pensión se efectuó de conformidad con lo ordenado en la Ley 33 de 1985, ya que acreditó cumplir con los requisitos allí establecidos.

Considera que el acto fue expedido en forma ajustada a derecho, pues desde la Ley 6ª de 1945 se dispuso el pago de aportes a las entidades de previsión, y los aportes o descuentos deben ser efectuados sobre los factores que enuncian las disposiciones respectivas.

En efecto, los factores respecto de los cuales se efectuaban aportes están enunciados en el Decreto No. 1045 de 1978. Posteriormente, la Ley 33 de 1985 hizo una nueva enumeración de los factores y dispuso que la pensión sería equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

² Folio 31-43

13-001-33-33-012-2017-00075-01

Explica la demandada, que el Decreto 2341 de 2003 que reglamenta a la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores de base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados.

De esta relación, a los docentes oficiales solamente aplican la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 en su artículo 3 establece que la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente. Además establece que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002, es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

III. – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

Por medio de providencia del 19 de diciembre de 2017, la Juez Doce 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. 2184 del 31 de julio de 2015, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación al demandante, emanada de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLÍVAR, por las razones expuestas en este proveído.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de*

³ Folio 55-61 c. 1

13-001-33-33-012-2017-00075-01

jubilación del señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA, (...) sobre el setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, de conformidad con la certificación de fecha 27 de enero de 2017, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, en la cual se incluirán, además del sueldo básico y la prima de vacaciones, los siguientes factores: prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula (...)

TERCERO: Se autorizan a la entidad demandada, una vez que se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, se proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador (...)

Sostuvo la Juez a quo, que, como quiera que se encontraba demostrado que el actor en este evento se había vinculado al Magisterio el 5 de enero de 1994, antes de la Ley 812/03, el régimen de pensiones aplicable es el contemplado en el artículo 15 de la Ley 91/89; en consecuencia, le es aplicable la Ley 33 y 62 de 1985 y no la Ley 100/93.

Que, en ese orden de ideas, para efectos de liquidar su pensión, debieron tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados por el actor, lo cual comprende, además del sueldo básico y la prima de vacaciones, los siguientes factores: prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual.

Expuso además que, en el caso de marras, no había operado la prescripción de ninguna mesada.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

En el escrito de apelación, la parte demandada solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia; y que en caso de que no procedan los argumentos de apelación, se dé aplicación al principio de la *no reformatio in pejus*, en lo que refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia apelada.

Adujo que la decisión tomada no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable que se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación, porque no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

⁴ Folio 70-81 c. 1

13-001-33-33-012-2017-00075-01

Así mismo, que el Decreto 1048 de 1972 y el Decreto 451 de 1984, excluyen de manera expresa la aplicación del decreto al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva; y que el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002.

Anotó que, por medio de la Ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Y que la Ley 6ª de 1945 crea las primeras prestaciones sociales, tanto para trabajadores estatales como particulares; y por medio del Decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del Estado, normas que en virtud de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2767 de la misma anualidad, se hace extensiva a los servidores públicos del ente territorial.

Advirtió que el Decreto 1042 *ibídem*, establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y se fijan las escalas de remuneración de dichos empleados; creándose entre otras, la prima de servicio para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos en las entidades descritas.

En ese orden, las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario.

Manifestó que con la expedición de la Ley 43 de 1975, la educación en Colombia es un servicio público a cargo de la nación. Y, con la Ley 60 de 1993 se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias, estableciendo dicha norma que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados, que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989.

Advirtió que de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que dispone que “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o

13-001-33-33-012-2017-00075-01

nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones".

Concluyó la accionada que la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978, no se crea o extiende a los docentes oficiales; y que no se encuentra facultada para ordenar directamente ni discrecionalmente la indexación y los intereses moratorios, pues solo procede en cumplimiento de decisiones judiciales.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 16 de marzo de 2018⁵, por lo que 8 de agosto de 2018 se procedió a admitirla⁶, y se corrió traslado para alegar el 8 de abril de 2019⁷. Contra dicha decisión el procurador delegado ante este Despacho presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto el 27 de agosto de 2019⁸.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Demandante:** No presentó alegatos de conclusión.
- **Demandada – FOMAG:** Presento escrito de alegatos el 13 de septiembre de 2019, ratificando los argumentos de defensa de la entidad.⁹
- **Ministerio Público:** No rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. 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

⁵ Folio 2 c. 2

⁶ Folio 4 c. 2

⁷ Folio 9 ibídem

⁸ Folio 29

⁹ Folio 33-35 c. 2

7.2. Competencia.

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

7.3. Problema Jurídico.

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

¿Tiene derecho el señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA 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?

7.4. Tesis.

La Sala MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia, solo para incluir la bonificación mensual como factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de la demandante.

Las demás pretensiones de la demanda, serán negadas en aplicación del 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, que estableció que los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad a la Ley 812 de 2003, a los que se les aplica Ley 91 de 1989, solo tienen derecho, para la liquidación de su pensión, a que se les tenga en cuenta los factores salariales determinados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985.

7.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

7.5.1. El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cubre a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹⁰.

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 cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron

¹⁰ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

13-001-33-33-012-2017-00075-01

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 jurídica¹¹.

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.

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

¹¹ *Ibídem.*

13-001-33-33-012-2017-00075-01

"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."

7.6.3. 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 1º 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 registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)

El literal B del numeral 2º 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 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º 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 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa

13-001-33-33-012-2017-00075-01

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 Estado¹² 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 Estado¹³, 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 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 docentes¹⁴ 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

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

¹³ Ibídem.

¹⁴ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

13-001-33-33-012-2017-00075-01

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%.

7.6. Caso concreto

7.6.1. Hechos relevantes probados:

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

- Se encuentra probado que el señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA nació el 17 de julio de 1959, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2014¹⁵.
- Que, laboró al servicio del Magisterio por más de 20 años, desde el 15 de enero de 1994 hasta el 17 de julio de 2014¹⁶.
- Que a través Resolución No. 2184 del 31 de julio de 2015, se reconoció una pensión de jubilación en su favor, teniendo en cuenta el 75% de la asignación básica y la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2013-2014); quedando liquidada la mesada pensional en un valor de \$1.835.090, efectivos a partir del 18 de julio de 2014¹⁷.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que en el año 2013-2014 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual 1/junio/14 -31 diciembre/15, prima de servicios**¹⁸.

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

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 2184 del 31 de julio de 2015, por haber prestado sus servicios como docente estatal.

¹⁵ Folio 16

¹⁶ Folio 16

¹⁷ Fol. 16-17

¹⁸ Fol. 18-19

Que en dicho acto administrativo se expuso que el accionante contaba con los requisitos para acceder a la pensión, pues cumplió los 55 años de edad el 17 de julio de 2014¹⁹, y que había laborado el Magisterio por más de 20 años, desde el 5 de enero de 1994 hasta el 17 de julio de 2014²⁰.

Así mismo se estableció que, para liquidar la mesada pensional se debía tener en cuenta el 75% de la asignación básica, y la prima de vacaciones devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2013-2014).

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 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

Ahora bien, conforme al certificado laboral potado al proceso, se tiene que en los años 2013-2014 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la accionante devengó los siguientes emolumentos: **asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación mensual 1/junio/14 -31**

¹⁹ Folio 16

²⁰ Folio 16

13-001-33-33-012-2017-00075-01

diciembre/15, prima de servicios²¹. Sin embargo, en la Resolución No. 2184 del 31 de julio de 2015, 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 la prima de navidad como la prima de servicios no hacen 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 lo cual no es procedente su reconocimiento, de acuerdo con la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019.

De igual forma, la prima de vacaciones tampoco se encuentra enlistada como un factor de liquidación de la pensión en la Ley 33/85; sin embargo fue reconocida en Resolución No. 2184 del 31 de julio de 2015, a pesar de lo anterior, esta Corporación no se referirá a este tema pues no es el objeto de demanda.

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 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**

²¹ Fol. 18-19

13-001-33-33-012-2017-00075-01

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 la sentencia de primera instancia, para ordenar la reliquidación de la pensión del señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA, únicamente en lo que respecta a la inclusión de la bonificación mensual del 1/junio/14 – 31/diciembre/15, como factor salarial. De igual forma se ordenará, que en caso de que no se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social; la entidad demandada realice los descuentos respectivos.

7.7. 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 el señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA adquirió el status pensional el 17 de julio de 2014, y se le reconoció su pensión mediante resolución del 31 de julio de 2015; mientras que la demanda fue presentada el 3 de abril de 2017 (fol. 1), es decir, dentro del término establecido en la ley.

VIII.- COSTAS

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*

13-001-33-33-012-2017-00075-01

ejecución se registrarán 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.

IX.- DECISIÓN

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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, 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 del señor ROBERT OMAR SIERRA BARRERA, con la inclusión de la bonificación mensual en la proporción en que fueron devengadas en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionada.

2.2 NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

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

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

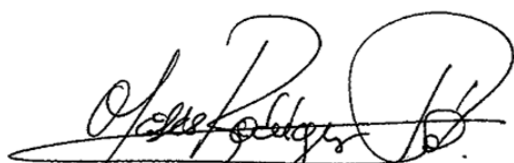
13-001-33-33-012-2017-00075-01

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

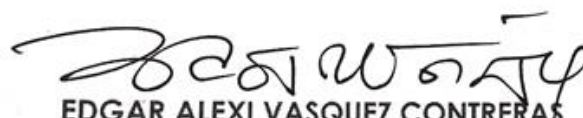
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 030 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
Magistrado