

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

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2018-00028-01
Demandante	ARNULFO DÍAZ BELLO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>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.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 28 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron 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

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ARNULFO DÍAZ BELLO, 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,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2624 del 30 de agosto de 2016, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –

¹ Folio 1-5

13-001-33-33-014-2018-00028-01

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se reliquida la pensión del docente ARNULFO DÍAZ BELLO.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a expedir una nueva resolución que modifique la anterior, con la inclusión de todos los factores salariales como es la prima de servicios, prima de exclusividad y demás.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se le pague al actor los reajustes de pensión por año, desde el 11 de febrero de 2015, hasta que se realice el pago de la sentencia.

CUARTO: Que se ordene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 187 y 195 del CPACA.

QUINTO: Que se condene en costas a la demandada.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

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

El 11 de febrero de 2015, el señor ARNULFO DÍAZ BELLO solicitó la reliquidación de su pensión, la cual se llevó a cabo mediante la Resolución 2624 del 30 de agosto de 2016; para ello, se tuvo en cuenta la asignación básica, la prima de alimentación, la prima vacacional y la prima de navidad, pero no se tuvo en cuenta la prima de servicios y de exclusividad.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

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

- Ley 1437 de 2011
- Ley 91 de 1989
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 1151 de 2007

13-001-33-33-014-2018-00028-01

- Decreto 1045 de 1978

Como concepto de violación se expone que, la resolución demandada viola el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el entendido de que los docentes de del orden nacional se les debe aplicar las normas de los servidores públicos del orden nacional, esto es, la Ley 33 y 62 de 1985, donde se enuncian todos los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión. Ello, en armonía con el Decreto 1045/78.

Expone, que la Ley 1151 de 2007 derogó parcialmente la Ley 812/03 y su Decreto Reglamentario No. 3752 de 2003, que fueron los que se utilizaron como base para liquidar, de manera errada, la pensión ordinaria del actor; aun, cuando a éste se le aplicaban las normas inicialmente enunciadas, Ley 33 y 62 de 1985. En razón de lo anterior, afirma que se debe declarar la nulidad del acto acusado.

2.5 Contestación

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

No contestó la demanda.

III. – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

Por medio de providencia del 28 de noviembre de 2018, la Juez Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

Al respecto expuso que, a través de la Resolución 2624 del 30 de agosto de 2016, constata la reliquidación de la pensión del demandante, en la que se tuvieron en cuenta, como factores salariales, únicamente, la asignación básica, la prima de navidad y de vacaciones, dejando por fuera la bonificación que se paga mensualmente entre el primero de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, y la prima de servicios. Que, frente a lo pedido por el actor, es decir, la inclusión de la prima de servicios y de exclusividad, debe negarse su reconocimiento, toda vez que no se demostró que el docente hubiera devengado la prima de exclusividad, y, además, la prima de servicio

² Folio 36-39 c. 1

13-001-33-33-014-2018-00028-01

no se encuentra dentro del listado que contempla la Ley 33 y 62/85 como factor salarial.

En ese orden de ideas, consideró que, de acuerdo a las directrices dadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 el demandante no tenía derecho a la reliquidación deprecada.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN³

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 no es aplicable al caso concreto, como quiera que en la misma se definen reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; mientras que, los docentes afiliados al FOMAG, por tratarse empleados públicos del régimen especial, cobijados por lo establecido en la Ley 91 de 1989, se encuentran exceptuados de dicha norma.

Sostiene, que a los docentes se les aplica la Ley 33/85 por remisión expresa de la ley 91/89, que, a su vez, revive los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 14 de junio de 2019⁴, por lo que 27 de agosto de 2019 se procedió a admitirla⁵, y se corrió traslado para alegar el 22 de noviembre de 2019⁶.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 alegatos de la parte demandante: La parte accionante presentó sus alegaciones a folio 13-14 del cuaderno de segunda instancia.

4.2 alegatos de la parte demandada: No presentó alegatos.

4.3 Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto

³ Folio 40-43 c. 1

⁴ Folio 3 c. 2

⁵ Folio 5 c. 2

⁶ Folio 10 ibídem

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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

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 ARNULFO DÍAZ BELLO 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 de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para el reconocimiento e inclusión de la bonificación mensual 1junio/14 al 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.

En cuanto a la inclusión de los demás factores solicitados se denegarán 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 el régimen aplicable a los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad a la Ley 812 de 2003; así las

13-001-33-33-014-2018-00028-01

cosas, la normatividad que regula la situación de la actora se encuentra en la Ley 91 de 1989 que remite a la Ley 33 de 1985 para servidores públicos, aduciendo que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional son exclusivamente los citados en la Ley 33.

7.5 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

7.5.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG⁷.

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 jurídica⁸.

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.

7.5.2 Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

⁷ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

⁸ *Ibíd.*

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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:

“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.”

7.5.3. 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:

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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 Estado⁹ 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 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio 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;

⁹ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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 Estado¹⁰, 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 docentes¹¹ 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%.

7.5.4. 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 manifestó¹⁶.

“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...”

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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.

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:

13-001-33-33-014-2018-00028-01

- Se encuentra probado que el señor ARNULFO DÍAZ BELLO nació el 17 de enero de 1950, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2005¹².
- Que, laboró al servicio del Magisterio desde el 31 de marzo de 1978, hasta el 11 de febrero de 2015, por lo que contaba con más de 36 años de servicio¹³.
- A través Resolución No. 2234 del 9 de junio de 2005, se reconoció una pensión de jubilación en su favor, como docente nacionalizado¹⁴.
- Mediante Resolución No. 2624 del 30 de agosto de 2016, se reliquidó la anterior pensión, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio; entre ellos, se tuvieron en cuenta prestaciones como la asignación de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones¹⁵.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó, desde el 1 de enero de 2014 hasta el 11 de febrero de 2015, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación mensual 1/jun/2014 a 31/dic/15**¹⁶.

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

En el caso bajo estudio, se demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 2624 del 30 de agosto de 2016, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se reliquida la pensión del docente ARNULFO DÍAZ BELLO.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor ARNULFO DÍAZ BELLO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante No. 2234 del 9 de junio de 2005, por haber cumplido la edad de 55 años y haber prestado sus servicios como docente estatal por más de 20 años.

¹² Folio 13 y 14

¹³ Folio 7

¹⁴ Fol. 7

¹⁵ Fol. 7-8

¹⁶ Fol. 9 -13

13-001-33-33-014-2018-00028-01

Que, en dicho acto administrativo, fue modificado por la Resolución No. 2624 del 30 de agosto de 2016, en la que se reliquidó dicha pensión, toda vez que el docente se mantuvo laborando hasta el 11 de febrero de 2015. Para lo anterior, se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio como es la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones¹⁷.

Conforme con lo hasta ahora expuesto, se tiene que, el actor se vinculó al servicio del estado con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señala el juez de primera instancia. Ahora bien, de acuerdo con la tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, los factores que se deben tener en cuenta para liquidar su pensión son solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En ese orden de ideas, 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

Como se muestra de la lista relacionada en esta providencia, en el caso particular del demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica puesto que, de acuerdo al certificado aportado a folio 9 del expediente, los factores relacionados allí (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

¹⁷ Fol. 7-8

13-001-33-33-014-2018-00028-01

reconocimiento le fue incluida la prima de vacaciones y la prima de navidad en la base de liquidación de la pensión; a pesar de lo anterior, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno al respecto, como quiera que esto no es el objeto de la demanda.

En el presente caso, la parte accionante solicita que se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de servicios “tales como: prima de servicios, prima de exclusividad y demás que establezca el decreto 1045 de 1978” (sic). En ese sentido, se tiene que el interesado no acreditó que hubiera realizado aportes sobre la bonificación mensual y la 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 partes del ingreso base de cotización. Por ello, atinó la entidad demandada al no incluirlos en el IBL.

No obstante, el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 “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 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

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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; 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.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 2624 del 30 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 01 de junio de 2014, hasta el 11 de febrero de 2015. 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.

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.

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 ARNULFO

13-001-33-33-014-2018-00028-01

DÍAZ BELLO le fue reliquidada su pensión 30 de agosto de 2016, por cuanto se retiró del servicio el 11 de febrero de 2015, y la demanda fue presentada el 4 de febrero de 2018 (fol. 1); por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

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 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.

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

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLARESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 2624 del 30 de agosto de 2016, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación al demandante, señor ARNULFO DÍAZ BELLO, expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en el presente proveído.

13-001-33-33-014-2018-00028-01

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 del señor ARNULFO DÍAZ BELLO, teniendo en cuenta además de los factores reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual a partir del 01 de junio de 2014, hasta el 11 de febrero de 2015.

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.

13-001-33-33-014-2018-00028-01

OCTAVO: DENIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

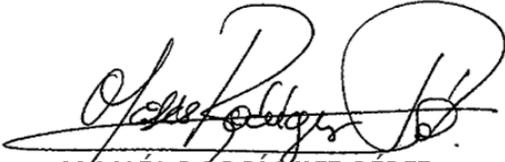
NOVENO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

DÉCIMO: 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