DIGITALIZADO SIGLO XXI
SIGCMA
FOL 14-21 C2

Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de diciembre de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-001-2017-00255-01**
Demandante	**FANNY MEJÍA MUÑOZ**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
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- Inclusión de bonificación mensual- Revoca*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por FANNY MEJÍA MUÑOZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda[1].

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

2.2. Pretensiones:

> *"1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 3244 del 10 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión*

[1] Fols. 1-13 del Cdno 1

vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado (a).

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que se le reconozca y una pensión de jubilación, a partir del 5 de noviembre de 2014 equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status de pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- vinculado: EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), a que reconozca y a mi mandante una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 20 de noviembre de 2005 equivalente al 75% del promedio delos salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- vinculado: EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), a que sobre el monto inicial dela pensión reconocida, aplique los reajustes de la LEY PARA CADA AÑO COMO LO ORDENA LA Constitución Política de Colombia y la Ley.

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

4. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses en mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A.

5. Se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011)"

2.3 Hechos

La señora FANNY MEJÍA MUÑOZ, laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial, y cumplió con los requisitos de ley para el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Que a través de Resolución No. 3244 del 10 de diciembre de 2015, le reconocieron la pensión de jubilación, incluyendo como base de la liquidación pensional la asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, desconociendo la prima de servicios y bonificación por servicios, percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento de su status de pensionado.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Ley 91 de 1989, artículo 15
- Ley 33 de 1985 artículo 1.
- Ley 62 de 1985.
- Decreto 1045 de 1978.

2.4.1. Concepto de la violación

Expone la demandante que la inclusión de factores salariales se rige por la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta todos los factores que devengó durante el último año de prestación de servicio.

Afirma que, la Ley 91 de 1989 es norma especial dirigida a los docentes afiliados al Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la misma derogó lo dispuesto en la normatividad anterior, en lo relativo al ingreso base de liquidación reiterando el artículo 15 numeral 2 literal b.

2.5. La entidad demandada: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no presentó escrito de contestación de la demanda.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[2]

Por medio de providencia de 22 de noviembre de 2018, la Juez Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo, que no había lugar a ordenar la reliquidación de la pensiona de jubilación de la docente con inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último año de labores contado desde el momento en que adquirió el status pensional, debido a que, para el caso de la actora la ley aplicable es el artículo 1 de la ley 33 de 1985, el cual establece, que se toma como base el 75% del salario devengado durante el año anterior a la adquisición de su status.

En cuanto a los factores salariales que debieron ser tenidos en cuenta para liquidar el IBL, acogió la interpretación que del artículo 3 de la ley 33 de 1985 hizo el Consejo de Estado en la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, y sin los que están taxativamente enlistados en dicha disposición.

Por lo anterior, concluyó que la demandante si bien acreditó que durante el año anterior a la adquisición de su status devengó los factores que solicita

[2] Fols. 90-99 Cdno 2.

como son la bonificación mensual y la prima de servicios, los mismos no se encuentra dentro del listado en mención, como tampoco se probó que sobre ellos hubiese cotizado.

Finalizó puntualizando que si bien la bonificación mensual constituye factor salarial conforme al artículo 1 del Decreto 1566 de 2014, no se demostró que dicho factor hubiese sido objeto de cotización.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[3]

Por medio de escrito del 05 de diciembre de 2018 la demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, trayendo a colación innumerables sentencias proferidas por las Altas Cortes al respecto.

En cuanto a las razones de su inconformidad, manifiesta que esta Sala de Decisión había adoptado como postura jurisprudencial el problema jurídico planteado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, por lo que en aras de dar efectiva aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad y progresividad y no regresividad en materia laboral, considera procedente cambiar dicha tesis y aplicar de manera integral el principio de inescindibilidad.

Asegura que, quienes se encontraban cobijados por las norma de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su pensión fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los últimos diez años sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan la aplicación, en todo o parte, del nuevo régimen consagrado en la Ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundamentales del derecho laboral.

Por lo anterior, solicita se revoque y se resuelva que la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que no se tuvo en cuenta por la entidad.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 04 de marzo de 2019[4], por lo que se procedió a dictar auto admisorio

[3] Fols. 102-127 Cdno 1
[4] Fol. 3 Cdno apelación

del recurso el 26 de abril de 2019[5]; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 22 de julio de 2019[6].

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Las partes en litigio: No presentaron escrito de alegatos.

6.2. Ministerio Público: No presentó 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

7.2. Competencia.

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

7.3. Acto administrativo demandado.

- Resolución No. 3244 del 10 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente a la señora Fanny Mejía Muñoz.

7.4. Problema jurídico.

Procede la Sala a resolver el siguiente problema jurídico, estructurado de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, así:

> *¿Cuál es la norma que rige los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación de los docentes afiliados al FOMAG que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?*

De cara a lo anterior, se entrará a establecer cuál es la normatividad aplicable para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación del demandante, de forma que se determine si debe ser liquidada la mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariares devengados en el último año de servicio.

---

[5] Fol. 5 Cdno apelación
[6] Fol. 9 Cdno apelación

7.5. 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 1 junio/14-31 diciembre/15, conforme a lo plasmado por el H. Consejo de Estado, Sección Quinta, en sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019 M.P: Roció 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 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 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 de la Ley 812 de 2003; así las 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.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) La normativa aplicable para la pensión de los docentes afiliados al FOMAG; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Caso concreto; y (iv) Conclusión.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 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[7].

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*".

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

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[8].

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 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*

[8] *Ibídem.*

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 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[9] 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 modificatorio del artículo

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

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[10], 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[11] 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.

---

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

7.6.4 Frente a la bonificación mensual

Sobre el reconocimiento de este factor salarial, se pronunció el H. Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P: Roció Araujo, en sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019, al respecto manifestó[12]:

> *"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 sólo 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..."*
>
> *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 sí 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 prestación 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 realizarán 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*

[12] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Referencia: ACCIÓN DE TUTELA, Radicación: 11001-03-15-000-2019-04192-00, Demandante: JESÚS ANTONIO RAVE, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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.

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

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

- La demandante prestó sus servicios como docente municipal desde el 25 de enero de 1983 al 30 de noviembre de 2014, y obtuvo el status pensional el 04 de noviembre de 2014 fecha en la que cumplió los 55 años de edad[13].

- Mediante la Resolución No. 3244 del 10 de diciembre de 2015 se le reconoció pensión de jubilación a partir del 5 de noviembre de 2014[14].

- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 04 de noviembre de 2013 al 04 de noviembre de 2014 y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica, prima de navidad y la prima de vacaciones[15].

- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, prima de servicios y bonificación mensual.[16].

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora FANNY MEJÍA MUÑOZ le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por

---

[13] Fols. 14 Resolución 3244 del 10 de diciembre de 2015
[14] Fols. 14 Resolución 3244 del 10 de diciembre de 2015
[15] Fols. 14 Resolución 3244 del 10 de diciembre de 2015
[16] Fols. 17-20 cdno 1

parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 3244 del 10 de diciembre de 2015[17], en calidad de docente municipal, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra acreditado que el último año de servicio anterior al status de pensionado de la actora fue el que transcurrió entre el año 2013-2014.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación de la señora Fanny Mejía Muñoz al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 25 de enero de 1983.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señala la juez de primera instancia, tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, al determinar que los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al actor, las reglas fijada en la sentencia citada, señalan 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 y sobre los cuales se hubieran efectuado los correspondientes aportes, a saber:

- 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 de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; en el caso particular de la demandante, solo podía incluírsele en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 17-20, los factores relacionados allí

[17] Fols. 14 cdno 1

(prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15) no hacen parte la Ley 33; sin embargo en el acto de reconocimiento le fue incluida la prima de navidad y de vacaciones, como quiera que esto no es objeto de impugnación, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno, al tratarse de apelante único.

En el presente caso, la demandante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre la bonificación mensual, y prima de servicios; factores que además, no se encuentran enlistados en el artículo 1° de la Ley 62/85, por medio de la cual se modificó la Ley 33/85, como partes del ingreso base de cotización. Por ello, atinó la entidad demandada al no incluirlos en el IBL.

No obstante lo anterior, el Decreto 1566 de 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 docentes 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 62/85, 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 de 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 hechos 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. 3244 del 10 de diciembre de 2015, 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 reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual 1/junio 14-31 diciembre/15, a partir del 05 de noviembre de 2014.

7.8. Prescripción

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se puede concluir que en el caso concreto no operó el fenómeno de la prescripción, toda vez que la señora Fanny Mejía Muñoz prestó sus servicios como docente municipal hasta el día 30 de noviembre de 2014, la resolución que reconoce la pensión de jubilación fue expedida el 26 de febrero de 2016 (folio. 14-15), y la demanda fue presentada el día 25 de octubre de 2017 (folio 1); por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

7.9. Conclusiones.

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es positiva, debido a que el demandante si tiene derecho a la reliquidación pensional con la inclusión del sueldo básico, prima de vacaciones, prima de navidad y la bonificación mensual, devengada durante el último año de servicio, en el entendido que al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 33 artículo 3 y 62 artículo 1 de 1985.

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, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 22 de noviembre de 2018, proferida por la Juez Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución 3244 del 10 de diciembre de 2015, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación a la demandante señora FANNY MEJÍA MUÑOZ, acto emanado de la Nación -Ministerio de Educación nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora FANNY MEJÍA MUÑOZ, teniendo en cuenta además de los factores reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual 1/junio 14-31 diciembre/15, a partir del 05 de noviembre de 2014.

CUARTO: 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 sentencia, en caso que ello no se hubiere hecho.

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

SEXTO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: DENIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

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

NOVENO: 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. 085 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE