



Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de noviembre dos mil dos mil diecinueve (2019).

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-009-2017-00273-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>OSCAR ANTONIO HERRERA RANGEL</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<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- 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 de 19 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Noveno 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 OSCAR ANTONIO HERRERA RANGEL, 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<sup>1</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor OSCAR ANTONIO HERRERA RANGEL, 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,

<sup>1</sup> Fols. 1-13 del Cdno 1



## 2.2. Pretensiones:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No 2970 Del 19 De Septiembre De 2016 por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión 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(a) tiene derecho a que la LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 18 De Marzo de 2016 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionad (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-SECRETARIA 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 18 De Marzo De 2016 equivalente al 75% del promedio de los 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 mí representado.

2. Condenar a la LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR)por tener interés en las resultas del proceso), a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

3. Condenar a la LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR)por tener interés en las resultas del proceso), a que realice efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del (la) pensionado(a). Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.



13-001-33-33-009-2017-00273-01

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 195 del C.C.A.

5. 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 el artículo 195 del C.C.A (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

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

### 2.3 Hechos

El señor Orlando Ramos Ramos, 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. 2970 del 19 de septiembre de 2016, le reconocieron la pensión de jubilación, incluyendo como base de la liquidación pensional la asignación básica, prima de vacaciones, prima de grado y prima de escalafón, desconociendo los demás factores como son la prima de servicios y prima de navidad, devengadas 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 entidad demandada en el acto de reconocimiento de la pensión ordinaria, omitió incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular



13-001-33-33-009-2017-00273-01

el valor de la mesada pensional, y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales.

## **2.5. Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup>**

La entidad accionada dio contestación a la demanda, de manera extemporánea el 19 de octubre de 2018, siendo notificada la misma el 08 de marzo de 2018 (fol. 46).

### **III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia de 19 de diciembre de 2018, la Juez Noveno Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo, la pensión de jubilación de un docente vinculado al Magisterio oficial antes de la vigencia de la Ley 912 de 2003, y el Decreto 3752 de 2003, así el status se adquiriera con posterioridad a estas normativas, se liquida conformando el ingreso base de liquidación con los factores devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo para acceder a dicha prestación periódica, y los aludidos factores son los establecidos de forma taxativa por las Leyes 33 y 62 de 1985, sobre los que se demuestre que efectivamente se cotizó para pensiones, como lo indicó de forma precisa y concreta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 29 de enero de 2019 el 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.

<sup>2</sup> Fols. 94-106 cdno 1

<sup>3</sup> Fols. 118-122 del Cdno 1.

<sup>4</sup> Fols. 124-148 Cdno 1





13-001-33-33-009-2017-00273-01

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 el actor 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 22 de marzo de 2019<sup>5</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 21 de mayo de 2019<sup>6</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 2 de octubre de 2019<sup>7</sup>.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Parte demandante<sup>8</sup>:** Presentó escrito de alegatos el 21 de octubre de 2019, ratificándose en la demanda y el recurso de alzada.

**6.2. Fiduprevisora<sup>9</sup>:** Presentó escrito de alegatos el 21 de octubre de 2019, solicitando la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

**6.3. Concepto del Ministerio Público:** No presentó concepto.

<sup>5</sup> Fol. 3 Cdno 2

<sup>6</sup> Fol. 5 Cdno 2

<sup>7</sup> Fol. 10 Cdno 2.

<sup>8</sup> Fols. 19-29 cdno 2

<sup>9</sup> Folios. 13-17 cdno 2





13-001-33-33-009-2017-00273-01

## 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. Acto administrativo demandado.**

Resolución No. 2970 del 19 de septiembre de 2016, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente al señor Oscar Antonio Herrera Rangel.

### **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 salariales devengados en el último año de servicio.

### **7.5. Tesis de la Sala**

La Sala MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia en lo referente al factor salarial "bonificación mensual", también solicitado en la demanda, para que la pensión sea reliquidada con inclusión de dicho factor, teniendo en cuenta que tiene un carácter legal señalado tanto en el Decreto 1566 de 2014 y el Decreto 1272 de 2015, en el que el gobierno señala que constituirá "factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto", por ello, se le dará un alcance amplio a la



13-001-33-33-009-2017-00273-01

SU del 25 de abril de 2019, en el entendido que, se deben incluir además de los factores enlistados en la Ley 33, modificada por la Ley 62 de 1985, aquellos que siendo de creación legal existió cotización de los mismos, o se debió cotizar sobre ellos.

Ahora bien, en relación a la pretensión de reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el actor durante el último año de servicio anterior a la obtención del status pensional, referentes a la prima de navidad y prima de servicios, la decisión será CONFIRMADA, puesto que, las razones se sustentan en la 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<sup>10</sup>.**

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

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





13-001-33-33-009-2017-00273-01

judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica<sup>11</sup>.

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:

*"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*

<sup>11</sup> *Ibidem.*



13-001-33-33-009-2017-00273-01

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 registrarán 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<sup>12</sup> los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen

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



13-001-33-33-009-2017-00273-01

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 modificatorio 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 Estado<sup>13</sup>, 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 docentes<sup>14</sup> 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%.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.





## 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:

- El demandante prestó sus servicios como docente municipal desde el 03 de mayo de 1990 al 17 de marzo de 2016 y obtuvo el status pensional el 17 de marzo de 2016 fecha en la que cumplió los 55 años de edad<sup>15</sup>.
- Mediante la Resolución No. 2970 del 19 de septiembre de 2016 se le reconoció pensión de jubilación a partir del 18 de marzo de 2016<sup>16</sup>.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 17 de marzo de 2015 y el 17 de marzo de 2016 y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones<sup>17</sup>.
- Certificado laboral del accionante<sup>18</sup>.

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor OSCAR HERRERA RANGEL, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 2970 del 29 de septiembre de 2016<sup>19</sup>, 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 del actor fue el que transcurrió entre el año 2015-2016.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación del señor Oscar Herrera Rangel al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 03 de mayo de 1990.

<sup>15</sup> Fols. 14-15 Resolución 2970 de 2016.

<sup>16</sup> Fols. *Ibidem*

<sup>17</sup> Fols. *Ibidem*

<sup>18</sup> Fols. 23-26 cdno 1

<sup>19</sup> Fols. 14-15 cdno 1



13-001-33-33-009-2017-00273-01

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 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable a la actora, 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 1º 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 incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 23-26, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33 de 1985.

Por tanto, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como fue solicitado en la demanda; sin embargo, encuentra la Sala que frente al factor denominado Bonificación Mensual, se debe acceder a su inclusión puesto que, a pesar de no hacer parte de la lista relacionada en la Ley 33 de 1985, constituye un factor de creación legal mediante los Decretos 1566 de 2014 y 1272 de 2015 y por el cual se debieron realizar los correspondientes aportes.



13-001-33-33-009-2017-00273-01

Ahora bien, es cierto que en la sentencia SU del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado señaló que los únicos factores a tener en cuenta para reliquidar las pensiones de los docentes, eran los contenidos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, el caso objeto de solución en dicha providencia correspondía a una pensión de una docente que no devengaba la bonificación mensual de los Decretos 1566 de 2014 y 1272 de 2015, sino que correspondía con una situación acaecida en el año 2012, por ello, es dable para esta Corporación, en aras de no vulnerar los derechos fundamentales y pensionales del demandante, darle un alcance amplio a la SU citada, para señalar, que en los casos en que existan factores de origen legal y por los cuales se hayan realizado aportes a pensión o se debían realizar, deberán ser incluidos a fin de liquidar el monto pensional.

Lo anterior, encuentra apoyo en la SU del 28 de agosto de 2018, en la que se indica que, de todos modos deberán ser incluidos los factores sobre los cuales se efectuaron o debían efectuarse aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, sustentado en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como unos de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; igualmente, se encuentra el artículo 48 ibídem, que enmarca la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley, por lo que, la interpretación de la norma que más se ajusta ese principio es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

En ese sentido, en palabras del Consejo de Estado<sup>20</sup>, determinó en la segunda subregla jurisprudencial del régimen del IBL:

*"100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. (...)*

*La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el*

<sup>20</sup> Sentencia SU del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-0, M. P: César Palomino Cortés



13-001-33-33-009-2017-00273-01

Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia." (Subrayado fuera del texto)

Y concluye que, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En ese orden de ideas, tenemos que, mediante el Decreto 1566 de 19 de agosto de 2014 el gobierno "crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media (...)" en la que se estipula en su artículo 1° que se reconocerá a partir del 1° de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, seguido señala que "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". Luego se expidió el Decreto 1272 de 9 de junio de 2015, con igual finalidad pero estipuló que se reconocería a partir del 1° de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de dicho año.

Entonces, como en el proceso, se encuentra acreditado que el demandante devengó la bonificación mensual en el último año de servicio<sup>21</sup>, deberá liquidarse conforme lo comprendido entre el 17 de marzo de 2015 a 17 de marzo de 2016, fecha esta, en la que el actor adquirió el status pensional. Igualmente a folios 14-15 donde milita la Resolución acusada, se denota que en la relación de factores a liquidar no se tuvo en cuenta dicha bonificación; por lo que deberá ser incluida en aras de no desconocer el derecho de la demandante frente a la bonificación mensual y porque se debían haber realizado los debidos aportes.

Colofón de lo anteriormente señalado, aunque la Juez de Primera Instancia consideró de manera acertada la normatividad aplicable al caso, no hizo lo mismo, respecto a que factores salariales debían ser incluidos para calcular el monto de la pensión de jubilación, por ello, la sentencia de primera instancia será modificada, por ir en contra del precedente judicial y las reglas expuestas en la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, donde dejó sentado el régimen aplicable y los factores salariales que se deben incluir a los docentes del servicio oficial.

<sup>21</sup> Fol. 23 Cdo no 1.



13-001-33-33-009-2017-00273-01

No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación prima de escalafón, la prima de grado, y la prima de vacaciones, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera de primera instancia, en el sentido de reconocer e incluir como factor salarial la bonificación mensual; y denegar los demás factores tales como prima de navidad y prima de servicios. En lo demás, se confirmará la sentencia.

### **7.7.3. 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 el acto demandado fue expedido el 19 de septiembre de 2016, y la demanda fue presentada el día 26 de octubre de 2017 (folio 1); con lo cual que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

### **7.7.4. Cumplimiento de la sentencia**

La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, profiriendo decisión motivada.

### **7.8. Conclusiones.**

Por lo expuesto, el demandante no tiene derecho a que se le reliquide la pensión con la inclusión los factores salariales devengados durante el último año de servicio tales como la prima de navidad y la prima de servicios, puesto que, al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 91 de 1989 y el de servidores públicos de la Ley 33 de 1985, los factores salariales permitidos son los que esta última contiene en su artículo 3 o sobre los que efectivamente se realizaron cotizaciones como ocurre para el caso de la bonificación mensual, de la cual por ser de origen legal y estar obligada la demandada a realizar los respectivos aportes, será reconocida en la presente providencia.



**VII.- 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** parcialmente la sentencia del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia, declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2970 del 19 de septiembre de 2016 mediante la cual se reconoce la pensión de jubilación a favor del señor OSCAR ANTONIO HERRERA RANGEL, sin tener en cuenta todos los factores salariales cotizados o sobre los que se debían haber cotizado, que sirven de base al IBL.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se dispone 1) Se ordena a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio a reliquidar la pensión de jubilación del señor OSCAR ANTONIO HERRERA RANGEL, a partir del 17 de marzo de 2016, fecha en cual el demandante entró a gozar de su pensión de



13-001-33-33-009-2017-00273-01

jubilación, con una base de liquidación del 75% incluyendo como factor salarial además de los ya reconocidos, la bonificación mensual 1 junio/14-31 diciembre/15 devengada durante el último año de servicio; y 2) se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia a partir del 17 de marzo de 2016, ya que no hay lugar a prescripción".

**CUARTO:** Las sumas de dinero que deben ser reconocidas a favor del demandante como consecuencia del derecho otorgado deben ser ajustadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 del CPACA y con la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado.

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

**SEXTO:** El cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos del artículo 192 del CPACA.

**SÉPTIMO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

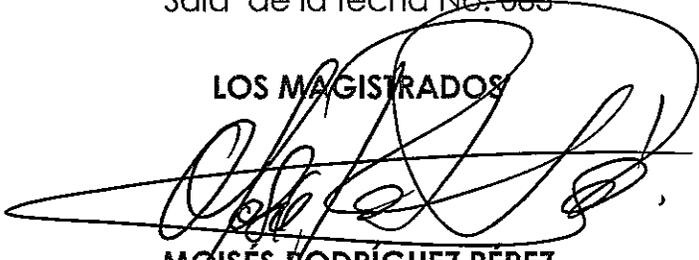
**OCTAVO:** No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

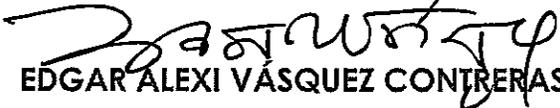
**NOVENO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha No. 083

LOS MAGISTRADOS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

10  
11  
12

