



Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de agosto de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-011-2017-00251-01
Demandante	PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO 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.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de 29 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA, por conducto de apoderada judicial.

2.2.- Demandado

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

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA, 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. 3955 del 26 de diciembre de 2016 por medio de la cual se reconoció a mi mandante

¹ Fols. 1 -13 del Cdno 1



13-001-33-33-011-2017-00251-01

la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en lo 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(Sic) LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA 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 3 de septiembre 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.

(...)

1. Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO 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 03 de septiembre 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 indicado, que son lo que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Condenar a la(Sic) LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO 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 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 – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), a que realice efectuó el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del (a) pensionado(a). Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de los ajustes de valor



13-001-33-33-011-2017-00251-01

a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

5. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar a la LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso)." "

2.3. Hechos

El señor PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA laboró más de veinte años como docente oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del FOMAG.

Que la pensión de jubilación del demandante le fue reconocida a través de la Resolución No. 3955 de 26 de diciembre de 2016 donde únicamente se le tuvieron en cuenta la asignación básica mensual, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y la prima de vacaciones; sin embargo, no fueron incluidos la prima de navidad, bonificación por servicios y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

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

2.4.1. Concepto de la violación

Expone el demandante que se debe decretar la nulidad parcial del acto acusado teniendo en cuenta que la entidad accionada omitió su deber de incluir todos los factores a los que tiene derecho, vulnerando así, disposiciones



13-001-33-33-011-2017-00251-01

legales y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado.

Que las disposiciones normativas contenidas en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en la Ley 1151 de 2007 relacionados con el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, definen las pautas que deben ser tenidas en cuenta para determinar el régimen prestacional aplicable a ellos tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen será el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas; pero si, dicha vinculación se produce después de la expedición de la citada norma, estos docentes estarán bajo el régimen prestacional prescrito en la Ley 100 de 1993.

Concluyó que, el régimen que debe observarse es el establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta ese momento, es así que, se la norma a regir será la Ley 33 de 1985 que conforma el salario base para calcular la mesada pensional, enunciando los factores a tomar en cuenta, los cuales no son taxativos y podrán incluirse otros.

2.5. Contestación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²

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

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

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

Como excepciones propone la ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido,

² Fols. 33-47 Cdo



prescripción, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

III. - SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia de 29 de junio de 2018, la Juez Once Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones del demandante.

Al respecto sostuvo, que el monto de la prestación pensional reconocida por la demandada, debió ser liquidada de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985; por tanto, se debían tener en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio.

Igualmente, señaló que la jubilación ordinaria de la demandante se encuentra cobijada por lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que señala que los docentes que venían vinculados al servicio público con anterioridad a su entrada en vigencia, continuaran con el régimen anterior, es decir, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Que lo anterior, se da en favor de la aplicación de los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado donde señaló que los factores contenidos en la Ley 62 de 1985 eran meramente enunciativos, lo cual permite incluir otros factores que también fueron devengados por el trabajador.

IV. - RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 18 de julio de 2018, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia manifestando que en ella no se tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico general aplicable al caso, puesto que, el Decreto 1048 de 1972 excluyó de manera expresa su aplicación al régimen de los docentes, por ello, no podía el juez de primera instancia aplicarlo al caso concreto.

Que el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales es el que se encuentra en la Ley 91 de 1989 donde se contempla mejores condiciones laborales a los docentes que las establecidas a los demás servidores públicos; por esas características propias de la actividad docentes, se justifica que régimen sea diferente.

Igualmente, señaló que en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se enuncia la aplicación de la norma estableciendo que el FOMAG no pagará

³ Fols. 62-67 Cdo no 1

⁴ Fols. 70-81 Cdo no 1



13-001-33-33-011-2017-00251-01

las siguientes prestaciones, que continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, tales como primas de navidad, de servicios, de alimentación, de vacaciones, subsidios familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 27 de septiembre de 2018⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de marzo de 2019⁶; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁸: La parte accionante mediante escrito del 25 de junio de 2019 presentó alegatos de conclusión, señalando que se encontró plenamente demostrado el derecho a la reliquidación de su pensión de vejez y se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁹: La parte accionada mediante escrito del 25 de junio de 2019 presentó alegatos de conclusión, indicando que al demandante solo deben tomársele los factores taxativos del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y que en el proceso no quedó probado que el acto administrativo estuviera viciado de ilegalidad.

6.3. Concepto del 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.

⁵ Fol. 3 Cdno 2

⁶ Fol. 18 y vto Cdno 2

⁷ Fol. 22 Cdno 2.

⁸ Fols. 26-29 Cdno 2

⁹ Fols. 30-33 y vto Cdno 2





7.3. Acto administrativo demandado.

Resolución No. 3955 de 26 de diciembre de 2016¹⁰, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación nacional al señor PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA.

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 el salario base de liquidación de la pensión, a los docentes afiliados al FOMAG que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

Una vez resuelto el problema jurídico anterior, deberá esta Corporación determinar *¿Si es procedente la inclusión de la bonificación mensual devengada y cotizada por el actor, como factor salarial de orden legal contenido en el Decreto 1272 de 2015, a pesar de no ser parte de la lista señalada en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año?*

7.5 Tesis de la Sala

La Sala MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, y negará la reliquidación pensional 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. Lo anterior, se encuentra sustentado 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 del actor 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 se encuentran citados en la Ley 33, modificada por la Ley 62 de 1985. Respecto, a la bonificación por servicios solicitada en la demanda, tenemos que a pesar de estar contenida en la norma citada, no fueron devengados por el actor, por tanto, no será reconocido.

Ahora bien, referente al factor salarial "bonificación mensual", también solicitado por el actor, tenemos que, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia, para

¹⁰ Fols. 14-15 Cdo no 1



13-001-33-33-011-2017-00251-01

que la pensión sea reliquidada con inclusión de dicho factor, teniendo en cuenta que tiene un carácter legal señalado en el Decreto 1272 de 2015, en el que el gobierno en el inciso segundo del artículo 1º, 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 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.

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 FOMAG¹¹.

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 jurídica¹².

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

¹¹ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹² *Ibidem*.



13-001-33-33-011-2017-00251-01

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 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."

Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:



13-001-33-33-011-2017-00251-01

(...) 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 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º señala:

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

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa 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 Estado¹³ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 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 Estado¹⁴, 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

¹³ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁴ Ibídem.



13-001-33-33-011-2017-00251-01

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 docentes¹⁵ vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto al 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%.

7.7. 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 nacional desde el 1 de diciembre de 1994¹⁶ y obtuvo el status pensional el 2 de septiembre de 2016¹⁷ fecha en la que cumplió la edad de 55 años¹⁸, con un tiempo de servicio de más de 20 años.
- Mediante la Resolución No. 3955 de 26 de diciembre de 2016, la Secretaría de Educación Departamental, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, le reconoció pensión de jubilación a favor del demandante a partir del 3 de septiembre de 2016.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido en el último año de servicio anterior al status¹⁹.
- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y la prima de vacaciones²⁰.

¹⁵ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁶ Fols. 19-20 del Cdno 1; Formato único para la expedición de certificado laboral FOMAG consecutivo No. 17975

¹⁷ Fols. 14 del Cdno 1; Resolución No. 3955 de 26 de diciembre de 2016

¹⁸ Fol. 16 del Cdno 1; Cédula de Ciudadanía del demandante.

¹⁹ Fols. 14 del Cdno 1; Resolución No. 3955 de 26 de diciembre de 2016

²⁰ Ibidem.



13-001-33-33-011-2017-00251-01

- Los factores salariales devengados durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, bonificación mensual, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y de grado²¹.

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 3955 del 26 de diciembre de 2016²², en calidad de docente nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, está acreditado que el último año de servicio anterior al status de pensionado fue el que transcurrió entre el 3 de septiembre del 2015 al 2 de septiembre de 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 Pedro Manuel Olivero Viana al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 01 de diciembre de 1994.

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 91 de 1989, es decir, de conformidad con la Ley 33 de 1985 de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91.

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

²¹ Fols. 17-18 del Cdno 1. Formato único expedición de certificado laboral Consecutivo No. 17976

²² Fols. 14-15 del Cdno 1





- 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 del 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 17 a 18, los factores relacionados (prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, prima de navidad, prima de grado) no hacen parte la Ley 33. De igual manera, observa la Sala que, en la demanda se solicitó la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factor salarial, emolumento que si hace parte de la lista mencionada, pero en el expediente no existe prueba alguna que el mismo se haya devengado por el demandante, por lo que tampoco será reconocido por esta instancia.

De lo anterior, tenemos que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación de los factores **devengados** en el último año de servicio (prima de navidad y prima de servicios), 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, o de los que estando previsto en la mencionada ley, no existe prueba alguna de que hayan sido devengados por el actor (bonificación por servicios); 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 el Decreto 1272 de 2015 y por el cual se debieron realizar los correspondientes aportes.

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 del Decreto 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



13-001-33-33-011-2017-00251-01

Pensiones, sustentado en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno 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 Estado²³, 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 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 Decreto 1272 de 9 de junio de 2015, 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 enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de dicho año, 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".

²³ 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



13-001-33-33-011-2017-00251-01

Entonces, como en el proceso, se encuentra acreditado que el demandante devengó la bonificación mensual en el último año de servicio, en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2015²⁴, deberá liquidarse de manera proporcional al año comprendido entre el 3 de septiembre de 2015 al 2 de septiembre de 2016, fecha esta, en la que el actor adquirió el status pensional. Igualmente a folios 14 a 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 del 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.

No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de clima, la prima de vacaciones, prima de escalafón y la prima de grado, 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.

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.

²⁴ Fol. 17 Cdno 1.



13-001-33-33-011-2017-00251-01

Por lo anterior, se modificarán los numerales segundo y tercero de la sentencia apelada del 29 de julio de 2018, reconociendo la inclusión como factor salarial de la bonificación mensual; a su vez, se revocaran los numerales cuarto y quinto de la misma, como quiera que la bonificación mensual contenida en el Decreto 1272 de 2015 es sobre el que hay que hacer aportes de manera obligatoria al Sistema General de Pensiones, no hay lugar a orden de descuento por este concepto. En lo demás, se confirmará la sentencia.

VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá condenar en costas al FOMAG, toda vez que el recurso le es parcialmente favorable, al haberse excluido algunos factores salariales de los reconocidos en primera instancia.

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: MODIFICAR la sentencia del 29 de junio de 2018, proferida por la Juez Once Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, así:

"SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 3955 del 26 de diciembre de 2016 mediante la cual se reconoce la pensión de jubilación a favor del señor PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA, 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 PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA, a partir del 3 de septiembre de 2016, fecha en cual la demandante entró a gozar de su pensión de jubilación, con una base de liquidación del 75% incluyendo como factor salarial la bonificación mensual, 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 03 de septiembre de 2016 ya que no hay lugar a prescripción."

SEGUNDO: REVOCAR los numerales cuarto y quinto de la providencia apelada, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: confirmar en lo demás la sentencia apelada.



13-001-33-33-011-2017-00251-01

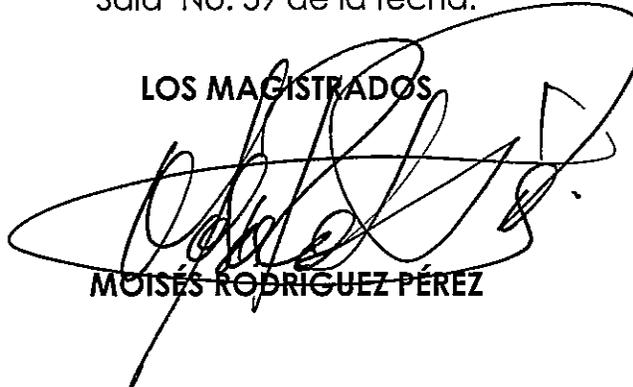
CUARTO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

QUINTO: 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. 59 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-011-2017-00251-01
Demandante	PEDRO MANUEL OLIVERO VIANA
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.

