



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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2017-00211-01
Demandante	DIEGO BERDUGO CANO
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- Niega inclusión de bonificación mensual- Confirma.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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 DIEGO BERDUGO CANO, 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 demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor DIEGO BERDUGO CANO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE

¹ Fols. 2-14 del Cdno 1



13-001-33-33-013-2017-00211-01

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones:

1. "Se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2939 del 16 de Septiembre del 2016, expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio Oficina Regional de Bolívar por la cual" se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación' a DIEGO BERDUGO CANO; con cedula de ciudadanía 9.200.988 de Villanueva.
2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que la Nación- Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a, pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado. (Ver Cuadro 1).
3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la 'Constitución Política de Colombia, artículo 53 y 1 Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.
4. Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforme a la Ley 71 de 1988.
5. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.
6. Se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.C. (Ley 1437 de 2011)".

2.3 Hechos

Manifiesta que, nació el 30 de septiembre de 1958, prestando sus servicios durante más de 20 años al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual mediante Resolución 2939 del 16 de septiembre de 2016 le reconoció pensión de jubilación, teniendo como factores salariales únicamente la asignación básica y prima de vacaciones, desconociendo los demás factores como son: la Prima de Navidad, bonificación mensual y prima de servicio, percibidos por la actividad docente desarrollada el último año anterior al cumplimiento de su status pensional.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:





13-001-33-33-013-2017-00211-01

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

2.5. Fondo 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 anterior al 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 la 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, prescripción, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

² Fols. 35-49 Cdo no 1



III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia de 12 de septiembre de 2018, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo que la pensión de jubilación de un docente vinculado al Magisterio oficial antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, así el status se adquiriera con posterioridad a estas normativas, el ingreso base de liquidación corresponde al año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo para acceder a dicha prestación periódica, pero con los factores establecidos de forma taxativa por las Leyes 33 y 62 de 1985, 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.

Determinó que el régimen aplicable al docente es la Ley 33 de 1985, y que lo reconocido en el acto demandado es mucho más favorable y ha sido obtenido de buena fe.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 26 de septiembre de 2018, el demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, trayendo a colación innumerables sentencias proferidas por las Altas Cortes al respecto.

El Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, esto es, la ley 812 de 2003, en su artículo 81 definió el régimen prestacional de los docentes según se hubieran vinculado al servicio público educativo antes o después de entrar en vigencia dicha ley, en tal sentido dispuso.

•Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regulan para esa fecha, es decir la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

•Por el contrario, el de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 -27 de junio de 2003- es el régimen de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos, excepción hecha de la edad de pensión de vejez, que será de 57 años para mujeres y hombres.

³ Fols. 86-74 del Cdno 1.

⁴ Fols. 77-85 Cdno 1



13-001-33-33-013-2017-00211-01

Expuso que, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Manifiesta que, la sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, se estableció que 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 servidores no están cobijados por el régimen de transición.

Aduce que, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre los años 2013 y 2014, el actor devengó los siguientes conceptos: Asignación Básica Mensual, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, Bonificación Mensual y Prima de Servicio. En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 15 de mayo de 2019⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de junio de 2019⁶; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 19 de septiembre de 2019⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

6.2. Fiduprevisora⁸: Por medio de escrito de fecha 04 de octubre de 2019, la entidad solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

⁵ Fol. 2 cdno apelación

⁶ Fol. 4 cdno apelación

⁷ Fol. 8 cdno apelación

⁸ Fols. 12-16 cdno apelación





13-001-33-33-013-2017-00211-01

6.3. Concepto del Ministerio Público⁹: Mediante escrito radicado el 21 de octubre de 2019, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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. 2939 del 16 de septiembre de 2016, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación de pensión de jubilación al docente Diego Berdugo Cano.

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 CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, 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

⁹ Fols. 41-45 cdno apelación



13-001-33-33-013-2017-00211-01

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 y 62 de 1985.

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 FOMAG¹⁰.

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia así como la primera subregla, "no 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 jurídica¹¹.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como

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

¹¹ *Ibidem*.



13-001-33-33-013-2017-00211-01

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 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



13-001-33-33-013-2017-00211-01

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 Estado¹² los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985."

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





13-001-33-33-013-2017-00211-01

50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo."
(Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹⁴ vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los 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:

¹³ Ibídem.

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



13-001-33-33-013-2017-00211-01

- El demandante prestó sus servicios como docente distrital desde el 29 de abril de 1994 hasta el 28 de abril de 2014¹⁵.
- Mediante la Resolución No. 2939 del 26 de diciembre de 2016 se le reconoció pensión de jubilación¹⁶.
- 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, y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron asignación básica y prima de vacaciones¹⁷.
- Certificado laboral del accionante¹⁸.

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor DIEGO BERDUGO CANO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 2939 del 26 de diciembre de 2016¹⁹, en calidad de docente nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución.

Que mediante Resolución No. 2939 del 26 de diciembre de 2016 “se RECONOCE Y ORDENA pensión de jubilación al docente DIEGO BERDUGO CANO”, la mesada en un valor de \$2.077.232, correspondiente al 75% de los factores devengados en el último año de servicio, teniendo como factores la asignación básica y la prima de vacaciones.

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 Diego Berdugo Cano al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 29 de abril 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 33 de 1985, tal como lo señala el 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

¹⁵ Fols. 16-18 Resolución 2939 de 2016

¹⁶ ibidem

¹⁷ ibidem

¹⁸ Fols. 19-21 cdno 1

¹⁹ Fols. 16-18 cdno 1



13-001-33-33-013-2017-00211-01

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 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 23-26, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33.

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.

En cuanto, al factor denominado Bonificación Mensual encuentra la Sala que, si bien es un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez, en este caso concreto no puede ser reconocido, debido a que el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 que la creó, establece que el pago de dicha partida se hará desde el 01 de junio de 2014 hasta diciembre de 2015, y posteriormente fue extendida a los años siguientes; en ese sentido, a la fecha en que adquirió el status de pensionado el señor Berdugo Cano, esto es 28 de abril de 2014, la norma en mención no se

13-001-33-33-013-2017-00211-01

- El demandante prestó sus servicios como docente distrital desde el 29 de abril de 1994 hasta el 28 de abril de 2014¹⁵.
- Mediante la Resolución No. 2939 del 26 de diciembre de 2016 se le reconoció pensión de jubilación¹⁶.
- 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, y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron asignación básica y prima de vacaciones¹⁷.
- Certificado laboral del 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 mensual¹⁸.

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor DIEGO BERDUGO CANO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 2939 del 26 de diciembre de 2016¹⁹, en calidad de docente nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución.

Que mediante Resolución No. 2939 del 26 de diciembre de 2016 “se RECONOCE Y ORDENA pensión de jubilación al docente DIEGO BERDUGO CANO”, la mesada en un valor de \$2.077.232, correspondiente al 75% de los factores devengados en el último año de servicio, teniendo como factores la asignación básica y la prima de vacaciones.

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 Diego Berdugo Cano al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 29 de abril 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 33 de 1985, tal como lo señala el juez de primera instancia, tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, al determinar que

¹⁵ Fols. 16-18 Resolución 2939 de 2016

¹⁶ ibidem

¹⁷ ibidem

¹⁸ Fols. 19-21 cdno 1

¹⁹ Fols. 16-18 cdno 1



13-001-33-33-013-2017-00211-01

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 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 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 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 23-26, los factores relacionados allí (prima de navidad, prima de vacaciones docentes, Bonificación Mensual y prima de servicios) 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.

En cuanto, al factor denominado Bonificación Mensual encuentra la Sala que, si bien es un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez, en este caso concreto no puede ser reconocido, debido a que el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 que la creó, establece que el pago de dicha partida se hará desde el 01 de junio de 2014 hasta diciembre de 2015, y posteriormente fue extendida a los años siguientes; en ese sentido, a la fecha en que adquirió el status de pensionado el señor Berdugo Cano, esto es 28 de abril de 2014, la norma en mención no se





13-001-33-33-013-2017-00211-01

encontraba vigente; debe tenerse en cuenta que la Resolución 2939 de 2016 que es el acto demandado, toma el último año de servicio entre el 2013 y 2014, periodo antes de cumplir con los requisitos para la misma, y en ese lapso el demandante no percibió dicha bonificación.

En ese orden de ideas, el estudio de legalidad se realiza solo del acto demandado y sobre los periodos tomados para el reconocimiento de la pensión, no sobre hechos posteriores al mismo.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada por encontrarse conforme a las reglas previstas por la jurisprudencia.

7.8. Conclusiones.

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es negativa, el demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicio, al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 33 artículo 3 y 62 artículo 1 de 1985. En cuanto a la bonificación mensual, si bien tiene derecho a su reconocimiento al momento de la expedición del acto demandado, la norma que la creó no se encontraba vigente, al momento en que adquirió el status pensional.

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 registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia. Por otro lado, la decisión fue favorable parcialmente para la parte apelante.



13-001-33-33-013-2017-00211-01

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

CONFIRMAR la sentencia del 12 de septiembre de 2018, proferida por el Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

TERCERO: 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