

Cartagena de Indias D. T. y C, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicado</b>	13001-33-33-001-2018-00144-01
<b>Demandante</b>	Ana Julia Martínez Tovar
<b>Demandado</b>	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras
<b>Tema</b>	Reliquidación pensión docente

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda (fs. 4 -1 4 del archivo No. 01 del expediente digital).

#### a). Pretensiones:

La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. *“Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 214 del 27 de septiembre de 2016, por medio de la cual se reliquidó la pensión vitalicia de jubilación a mi mandante 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 (...) le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 06 de mayo 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 pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.*

*A título de restablecimiento del derecho solicito:*

*1...le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 06 de mayo de 2016 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos,*

*primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del retiro definitivo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.*

*2. ...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. ...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.*

*4. ...al reconocimiento y pago de los ajustes de valor 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. ...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 en costas..."*

## **b. Hechos**

Para sustentar sus pretensiones el demandante afirmó, en resumen, que prestó sus servicios como docente oficial durante más de 20 años y el FOMAG le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 214 de 27 de septiembre de 2016.

No obstante, al liquidar su pensión la entidad accionada únicamente tuvo en cuenta como ingreso base la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de clima, prima de vacaciones, prima de escalafón, prima de navidad y prima de grado, omitiendo tener en cuenta la prima de servicios, bonificación mensual y demás factores salariales percibidos en el ejercicio de la actividad docente desarrollada en su último año de servicio.

## **c. Normas violadas y concepto de violación**

La parte demandante consideró vulnerados los artículos 15 de la Ley 91/89 y 1° de la Ley 33/85; la Ley 62/85 y el Decreto 1045/78.

Explicó en el concepto de la violación que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y la Ley 1151 de 2007, relacionadas con el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG, definen las pautas que deben ser tenidas en cuenta para

determinar el régimen prestacional aplicable a los docentes, tomando como referencia la fecha en la cual fue vinculado al servicio educativo estatal; es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, pero, si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, se rige por la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto, el régimen que debe observarse es el establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta este momento.

El artículo 1° de la Ley 33/85 señala que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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, sin señalar de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional.

### **3.2. Contestación de la demanda.**

La entidad demandada no contestó la demanda.

### **3.3. Sentencia apelada (fs. 122 – 124 del archivo No. 02 del expediente digital).**

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante providencia de 3 de diciembre de 2019 negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

Para sustentar su decisión adujo, en resumen, que el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la mesada pensional de los docentes, y señaló que la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812/03, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33/85, por lo tanto, los factores que se deben tener en cuenta son aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62/85, y no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en dicho artículo.

Sostuvo que no había lugar a reliquidar la pensión del demandante con los factores salariales solicitados, porque los mismos no se encuentran enlistados en la Ley 62/85.

Finalmente manifestó que, si bien en el acto administrativo de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación la prima de vacaciones y prima de población, y los mismos no se encuentran enlistado en la Ley 62/85, lo cierto es que no puede afectar el derecho reconocido al demandante, cuya pretensión iba encaminada a que se incluyeran otros factores adicionales.

El control de legalidad del acto administrativo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así se afectaría el derecho al debido proceso y el principio a la confianza legítima de quien pretende impugnar una decisión administrativa a través de este medio de control.

#### **3.4. Recurso de apelación (fs. 23 – 39 del archivo No. 03 del expediente digital).**

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia alegando, en resumen, lo siguiente:

El A-quo para decidir de fondo el asunto, tuvo en cuenta la sentencia de unificación SUJ014CES22019 del 25 de abril de 2019 proferida por el del Consejo de Estado, que indica que solo puede incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión aquellos factores salariales sobre los cuales los docentes hayan realizado aportes o cotización pueden y estén enlistado en la Ley 62/85.

Esta nueva postura viola su derecho a la igualdad y crea inseguridad jurídica, pues existía una línea jurisprudencia unificada en favor de los docentes, por lo que, al decidirse en segunda instancia este asunto, se debe tener en cuenta la jurisprudencia vigente a la fecha de presentación de la demanda, es decir la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 dentro del radicado número 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), según la cual se debe incluir en la base de liquidación de la pensión todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Por otra parte, se opuso a la condena en costas impuesta por el A - quo, porque a su juicio, no nacen “automáticamente” contra la parte vencida dentro del proceso, ya que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de la condena en costas y las respectivas agencias en derecho. Para que el juez condene en costas debe analizar que se ha obrado de forma contraria al derecho, con temeridad o de mala fe y sólo en caso de hallar demostradas estas circunstancias, podría disponer la condena en costas.

En el presente proceso, no aparecen probados gastos judiciales sufragados por la entidad demandada, por tratarse este de un asunto de puro derecho y tampoco aparece probada la temeridad o la mala fe.

### **3.5. Trámite de segunda instancia.**

Mediante providencia del 21 de septiembre de 2021 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (archivo No. 07 del expediente digital), y por providencia de 6 de octubre de 2021 se concedió a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión y al Agente del Ministerio público de presentar concepto si a bien lo tuviera (archivo No. 10 del expediente digital).

La parte demandante reiteró en sus alegatos lo manifestado en el recurso de apelación (archivo No. 12 del expediente digital); y la parte demandada solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, alegando, en resumen, que de conformidad con la sentencia SUJ-014 de 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones de los docentes son los enlistados en la Ley 62/85, y los reclamados por el actor no se encuentran enlistado en la norma (archivo No. 13 del expediente digital). - El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales o causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta corporación para decidir el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juez A quo, por virtud del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

### **5.2. Problema jurídico.**

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la parte demandante tiene derecho a que en aplicación de la ley 62/85 se reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Deberá además establecer si se viola el derecho del demandante a la igualdad y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al aplicar en su caso la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019 y no la

sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda de la misma Corporación.

### **5.3. Tesis de la Sala.**

La Sala estima que la jurisprudencia aplicable al asunto bajo estudio es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, la cual establece que constituye un precedente obligatorio en los procesos judiciales pendientes de ser decididos.

Por otro lado, el demandante se vinculó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y por ello, para la liquidación de su pensión ordinaria de jubilación se debe tener en cuenta el mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los demás servidores públicos del orden nacional, previsto en la Ley 33/85, y los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62/85. Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo, tal como lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019.

No obstante, como se demostró que la accionante devengó bonificación mensual, deben ser incluidas en la base de liquidación y procederse a la reliquidación incluyendo ese nuevo factor.

### **5.4. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **5.4.1. De la pensión de jubilación docente.**

Mediante sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, dentro del proceso seguido por Abadía Reinel Toloza contra el FOMAG, dentro del radicado No. 680012333000201500569-01, unificó criterios respecto del régimen prestacional y pensional de los docentes, así:

#### **i. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial**

1. 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".

2. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

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.

I. (...)

11. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>1</sup>, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985<sup>2</sup>.

12. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "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".

13. 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. La misma norma 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. 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.

14. 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.

15. 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**

<sup>1</sup> Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

<sup>2</sup> "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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”<sup>3</sup>.

16. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.
17. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 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.**

(...) 27. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge 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 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **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.**
28. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

<sup>3</sup> **LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"**

“ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

29. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.
30. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.
31. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE"*. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.
32. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:
- ✓ Edad: 55 años
  - ✓ Tiempo de servicios: 20 años
  - ✓ Tasa de reemplazo: 75%
  - ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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.**
- A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.**
33. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003

se unificó para hombres y mujeres en 57 años<sup>4</sup>. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

34. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

35. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

<b>RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</b>			
<b>ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</b>			
<b>Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</b>		<b>Régimen pensional de prima media</b>	
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.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
<b>Normativa aplicable</b>		<b>Normativa aplicable</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989</li> <li>• Ley 33 de 1985</li> <li>• Ley 62 de 1985</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003</li> <li>• Ley 100 de 1993</li> <li>• Ley 797 de 2003</li> <li>• Decreto 1158 de 1994</li> </ul>	
<b>Requisitos</b>		<b>Requisitos</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>55 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Tiempo de servicios: 20 años</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>57 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003</li> </ul>	
<b>Tasa de remplazo - Monto</b>		<b>Tasa de remplazo - Monto</b>	
<b><u>75%</u></b>		<b><u>65% - 85%</u><sup>5</sup></b> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
<b>Ingreso Base de Liquidación – IBL</b>		<b>Ingreso Base de Liquidación – IBL</b>	
<b>Periodo</b>	<b>Factores</b>	<b>Periodo</b>	<b>Factores</b>

<sup>4</sup> La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

<sup>5</sup> Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

<p>Último año de servicio docente</p> <p><b>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación</li> <li>▪ dominicales y feriados</li> <li>▪ horas extras</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio</li> </ul> <p><b>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</b></p> <p>De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los <b>10 años</b> anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p><b>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica mensual</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ prima técnica, cuando sea factor de salario</li> <li>▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</li> <li>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna</li> </ul> <p><b>(Decreto 1158 de 1994)</b></p>
--	---	--	---

**ii. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes**

36. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:
37. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:
- a. **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 aquellos 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.**

- b. **Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, 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. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.**

La Sala prohíja los criterios expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda, citados previamente, y con base en ellos decidirá de fondo el recurso bajo estudio.

## **5.5. Caso concreto.**

### **5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.**

- Copia de la Resolución No. 214 del 27 de septiembre de 2016, por medio de la cual la accionada reliquidó la pensión de jubilación del docente demandante **(fs. 20 - 22 del archivo No. 01 del expediente digital)**.

- Copia de la cédula de ciudadanía del demandante, en la que consta que nació el 04 de abril de 1951 **(fs. 32 del archivo No. 01 del expediente digital)**.

- Copia del formato único para la expedición de certificado de salarios suscrito el 16 de marzo de 2018 por la Secretaría de Educación Municipal de Magangué, donde hace constar que entre el 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2015 el demandante devengó asignación básica, auxilio de movilización, bonificación mensual, prima de grado, prima de alimentación especial, prima de clima, prima de escalón, prima de navidad, prima de servicios, prima de grado y prima de vacaciones **(fs. 26 - 28 del archivo No. 01 del expediente digital)**.

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

La apelante afirma, en resumen, que la aplicación de la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 a su caso se viola su derecho a la igualdad y los principios de confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, pues al presentar su demanda estaba vigente la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 agosto de 2010, que debió aplicarse para decidir sus pretensiones, porque era la vigente cuando se presentó la demanda en 2018 y autorizaba incluir en el IBL todos los factores salariales devengados en aplicación del artículo 1º de la Ley 62/85.

Advierte la Sala que, cuando se presentó la demanda en el año 2018 el Consejo de Estado no tenía un criterio unificado respecto de los factores que debían

tenerse en cuenta a efectos de liquidar las pensiones de los docentes, aunque para decidir discusiones al respecto se apoyaba en algunos casos, entre otras sentencias, en la de 4 de agosto de 2010 citada por el apelante, que había unificado criterios en cuanto al carácter salarial de todos los ingresos percibidos por los servidores públicos que retribuyen el trabajo y fueran percibidos de manera habitual y periódica, y señalaba que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tenían el carácter enunciativo y no taxativo, por lo que todos aquéllos emolumentos que tuvieran materialmente los atributos del salario debían ser reconocidos como tales, aunque la ley no lo hiciera expresamente; todo lo anterior en aplicación de los principios de primacía de la realidad sobre las formas y progresividad.

No obstante, la Corte Constitucional, en la época de presentación de la demanda había proferido sentencias en las que se apartaba del criterio anterior y consideraba en aplicación de distintas reglas y principios constitucionales y legales, entre ellos el principio de sostenibilidad fiscal elevado a canon constitucional en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que en materia de integración del ingreso base de liquidación sólo debían tenerse en cuenta los factores sobre los cuales se hubieran hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones (C-258/13, T-078/14, SU-230/15, T-615/16, SU-2010 de 2017, SU-405/16 y otras).

El Consejo de Estado, así como los tribunales y juzgados de esta jurisdicción sostuvieron en muchos casos, en la misma época, el criterio adoptado en la sentencia de 4 de agosto de 2010 y en otros, el prohijado por la Corte Constitucional, reseñado previamente.

Ello condujo precisamente a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profiriera, inicialmente la sentencia de 28 de agosto de 2018 que unificó criterios sobre el modo en que debía interpretarse el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre el régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicho estatuto, en el que se estableció que el IBL debía incluir únicamente los factores salariales previstos en la ley y sobre los cuales se hubiera cotizado a seguridad social.

Como los docentes se encontraban excluidos del régimen general de pensiones establecido en la Ley 100/93, la Sección Segunda profirió la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, donde unificó el criterio respecto de cuáles factores salariales que debían tenerse en cuenta a efectos de liquidar las pensiones de los docentes y en particular sobre la forma de calcular el IBL con los factores sobre los cuales se hubiera cotizado. En relación con aplicación obligatoria de dicho precedente, señaló en su numeral 2º lo siguiente:

**“Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”**

*De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.*

Luego es claro para esta Sala que, contrario a lo manifestado por la apelante, no había en la época de presentación de la demanda un criterio unificado al que sujetarse en materia de liquidación de IBL de pensiones del personal docente oficial y que, por el contrario, sí existía en el momento de fallar el proceso sentencia de unificación que constituye precedente vertical vinculante, el cual aplicó la Juez A quo.

Adicionalmente, sostiene la Sala que al acogerse a la sentencia de unificación comentada, el juez a quo no violó el principio de confianza legítima por las razones expuestas en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado al resolver una acción de tutela dentro del proceso radicado 2016-00038-01, aplicables *mutatis mutandi* al presente caso:

*“La confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas - trátese de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales - (...) Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias. Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida. En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima. Sin embargo, debe precisarse que, si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho, lo cierto es que debe hacerlo con *sindéresis* y con cuidado de no afectar derechos fundamentales.”*

Resalta la Sala, por otra parte, que la Corte Constitucional, entre otras sentencias en la C-284-2015, ha señalado que para garantizar la seguridad jurídica en la actividad judicial, buena fe, coherencia, igualdad y confianza, se apoya varios en instrumentos: *“en primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de*

*los jueces está sometida al imperio de la "ley" lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la "ley". En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley —tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887- establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (ads. 10 y 102)."*

Tal como señala la Corte en la sentencia comentada la aplicación de la sentencia de unificación aplicada por el Juez A quo y por este Tribunal, en lugar de vulnerar los derechos y principios señalados por el apelante (seguridad jurídica en la actividad judicial, buena fe, coherencia, igualdad y confianza legítima), constituye un medio idóneo para su realización.

De acuerdo con las normas señaladas y la jurisprudencia examinada previamente, solo debe incluirse en el IBL los factores establecidos en el artículo 1º de la Ley 62/85, sobre los que se hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social.

- La aplicación de los criterios jurisprudenciales adoptados por la Sala permiten, no obstante, reconocer que el demandante tiene derecho a que se incluya en su ingreso base de liquidación la bonificación mensual, como pasa a demostrarse.

De acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado adoptada por el Tribunal en este caso, el demandante era un docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, amparada por la Ley 91 de 1989, por lo cual estaba excluida de la aplicación del sistema general de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron; de allí que su derecho pensional se rige por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, en concreto por la Ley

33 de 1985 y 62 de 1985, en cuanto a edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, ingreso base de liquidación – IBL – y tasa de remplazo.

En aplicación de dichas Leyes solo debe incluirse en el IBL los factores sobre los que se hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social.

El Decreto 1566 de 19 de agosto de 2014 “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 1º establece:

“**Artículo 1.** Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016.”

A juicio de la Sala, la norma transcrita, además de establecer la bonificación mensual a favor de los docentes y directivos docentes allí descritos, dispuso que tendría carácter salarial y en cuenta para todos los efectos legales, lo que en principio supone que se tendría en cuenta para efectos prestacionales y pensionales; y si alguna duda surgiera acerca de su integración al ingreso base de cotización, señaló que se tendría en cuenta para efectos de **los aportes obligatorios de conformidad con las normas vigentes y entre dichos aportes se cuenta sin duda los destinados al sistema de seguridad social en pensiones.**

Debe resaltarse en el presente caso que, si bien en principio el IBL de la demandante se debe conformar con los factores salariales previstos en la Ley 62/85, ello no impide incluir otros factores salariales previstos en normas posteriores, siempre que ellas lo autoricen y dispongan efectuar los aportes correspondientes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, como en efecto lo dispuso el Decreto 1566 de 19 de agosto de 2014 respecto de la bonificación mensual.

Aunque en el presente caso no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensiones sobre la bonificación mensual, debió hacerlo por mandato legal; y por ello se dispondrá incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y reliquidar su pensión de jubilación.

Por lo anterior, se modificará la sentencia apelada, en el sentido de que se dispondrá la reliquidación pensional con la inclusión de la bonificación mensual examinada, pues se demostró que la misma la devengó en el último año de servicio.

### **5.5.3. Prescripción.**

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

En el caso de la pensión, no prescribe el derecho a su reconocimiento y pago, pero sí el de las mesadas.

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes; de modo que, si no demandan judicialmente dentro de ese periodo, se extinguen definitivamente. Ello, sin perjuicio de que posteriormente el interesado pueda reclamar y suspender la prescripción de las mesadas que se causen con posterioridad a la primera reclamación, respecto de las cuales opera la prescripción en los mismos términos.

En el sub lite se estableció que la demandante adquirió su estatus de pensionada el 06 de mayo de 2016, y la demanda fue presentada en el año 2018; por lo cual no hay lugar a declarar prescripción extintiva de mesada alguna.

Por último, si bien la apelante cuestionó al juez a quo por haberlo condenado en costas en primera instancia, dicho reclamo proviene de un error en la lectura de la sentencia, puesto que en ella no se le condenó por dicho concepto.

### **5.5.4. Indexación**

La suma que resulte a favor de la parte demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

#### **5.5.5. Condena en costas en segunda instancia.**

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como en el presente caso el recurso se decidió parcialmente a favor del apelante no se le condenará en costas.

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 apelada, en cuanto denegó la pretensión de nulidad del acto demandado y la reliquidación de la pensión de la demandante mediante la inclusión de la bonificación mensual.

En su lugar, se dispone:

**a.** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 214 del 27 de septiembre de 2016, por medio de la cual la accionada reliquidó la pensión de jubilación del docente demandante, en cuanto excluyó de su base de liquidación la bonificación mensual devengadas durante el último año de servicios.

**b.** Como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial del acto acusado y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide la pensión de vejez de la demandante, incluyendo en su base de liquidación, además de la asignación básica y de la prima de navidad, la bonificación mensual devengada en el último año de servicios.

c. La entidad demandada deberá pagar las diferencias de las mesadas causadas en forma retroactiva.

d. Las sumas que se reconozcan a favor de la demandante serán ajustadas de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia.

e. En caso de que no se hubieren hecho cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión sobre las horas extras devengadas por la demandante, del valor de la condena se harán los descuentos correspondientes con destino al FOMAG.

f) La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

**SEGUNDO:** Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO.** Sin costas en esta instancia.

**CUARTO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**QUINTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI Web – TYBA-.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ