

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2018-00140-01
Demandante	DAGOBERTO YEPES FAJARDO
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No 1907 DEL 25 DE JULIO DE 2016, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se

¹ 05IncorporaExpedienteDigitalizado Folios Digitalizados 1-14



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 NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 01 DE OCTUBRE DE 2015 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado(a) que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), a que reconozca y a mi mandante una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 01 DE OCTUBRE DE 2015 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado(a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

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

3. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), a que realice efectúe el respectivo



pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del (la) pensionado (a). Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. *Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), 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. *Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), 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 a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso)."*

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Que el demandante DAGOBERTO YEPES FAJARDO laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.



- Señala que mediante la Resolución No. 1907 del 25 de Julio de 2016 le fue reconocida pensión de jubilación y la base de liquidación pensional en su reconocimiento incluyó solo la asignación básica, la prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad omitiendo tener en cuenta la prima de servicios y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Concepto de violación.

La parte accionante considera que se vulneró el artículo 15 de Ley 91 de 1989, el artículo 1 de ley 33 de 1985, ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978. Manifiesta que debe decretarse la nulidad parcial del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento de la pensión omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionado, para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados para el efecto por la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada no contestó la demanda.

3. Sentencia apelada².

Mediante sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, toda vez que, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo demandado.

² 05IncorporaExpedienteDigitalizado Folios Digitalizados 182-191



Señala el A quo, que la pensión de jubilación del accionante se encuentra cobijada por las leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, toda vez que se vinculó a la docencia el 2 de octubre de 1986; en ese orden, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el demandante el último año de servicio; además, que de acuerdo a lo expuesto en la sentencia de unificación del 25 de abril del 2019 proferida por el Consejo de Estado, dichos factores salariales son taxativos y se encuentren enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Precisa el A-quo que lo solicitado por el demandante consiste en que se le reliquide su pensión de jubilación y sean tenidos en cuenta, además de los ya computados, los factores salariales de prima de servicios y bonificación mensual "1 junio/14 31 diciembre/15".

No obstante, considera el Juez de primera instancia que lo anterior no es procedente, toda vez que los factores deprecados no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985; siendo esto razón suficiente para concluir que no le asiste derecho al accionante a que sean tenidos en cuenta para la liquidación del IBL.

Asimismo, advierte respecto a la bonificación mensual devengada por el accionante, que la misma no corresponde a la de servicios prestados, que es la que se encuentra consagrada taxativamente en la lista del artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Por último, advierte el A quo que no reposa en el expediente elemento de juicio que acredite que el actor efectuó aportes a pensión respecto de ningún otro emolumento diferente a los computados por la entidad accionada en el acto administrativo demandado.

4. Recurso de apelación.

4.1. De la parte accionante³.

³ 05IncorporaExpedienteDigitalizado Folios Digitalizados 193-203.



La parte accionante, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicita se revoque y se concedan las pretensiones de la demanda; lo anterior, manifestando que en el presente caso el A quo se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la cual se establece la base de liquidación de las pensiones del personal docente.

Sin embargo, señala la apoderada de la parte demandante que una vez fue proferida la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 26 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, procedió a reclamar el reconocimiento de la reliquidación pensional incluyendo los factores salariales de los cuales tenía derecho; considera que de aquí se desprende una confianza legítima en la Administración de justicia, dado que los usuarios y abogados se sienten en la confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción teniendo en cuenta un precedente jurisprudencial.

En ese sentido, considera la apelante que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010, la cual posteriormente fue reformada por otra sentencia de unificación. Siendo así las cosas, se evidencia una inseguridad jurídica puesto que la posición del Consejo de Estado ha cambiado de distintas formas.

Así las cosas, arguye la actora, que más que estudiar la posibilidad o no, que le asiste de percibir los factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que se debe analizar es cual jurisprudencia se debe aplicar al caso, toda vez que al momento de presentar la demanda estaba claro y se estaba fallando conforme a otra jurisprudencia; indica que tenía la confianza legítima de una sentencia, igualmente que la sentencia de unificación del 2019 no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del 2010, por ende insiste en el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales.

Por otro lado, indica la accionante que el Consejo de Estado ha expuesto que la condena en costas y la fijación de las agencias en derecho no nacen automáticamente contra la parte vencida dentro del proceso, puesto que el



juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de estas. Para imponerlas, se debe analizar si se ha obrado de forma contraria al derecho, con temeridad o de mala fe y solo en caso de hallar demostradas estas circunstancias se condenará en costas.

Señala el recurrente que en el presente caso tanto la actuación ante la administración, como la demanda, estuvieron fundadas en la posibilidad fijada por las disposiciones reguladas en la reliquidación de la pensión de jubilación del sector docente y la posición jurisprudencial favorable, e incluso la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado.

Indica el accionante que el presente medio de control no se encuentra afectado por vicios como temeridad o mala fe, ya que solo se estaba pretendiendo el reconocimiento de un derecho laboral, el cual estimó la parte demandante podía acceder, conforme a la interpretación normativa expresada en la demanda y estipuladas en la jurisprudencia del Consejo de Estado; aunado a lo anterior, considera el actor que el Despacho del A quo emitía posiciones positivas de las pretensiones de la demanda, es decir se venían reconociendo las pretensiones de esta índole.

Siendo así las cosas, aunque las pretensiones de la demanda se denieguen, esto no conlleva de forma automática a que se condene en costas; además en el sub judice no están probados los gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse este un asunto de puro derecho y tampoco se acredita la temeridad o mala fe.

Por último, señala que teniendo en cuenta la posición del Consejo de Estado, el artículo 188 del CPACA no atribuyó una obligación de imponer condena en costas y agencias en derecho, puesto que la obligación que de allí se desprende es la de emitir pronunciamiento al respecto, de manera que acorde a la valoración del discurrir del debate procesal resulta válido prescindir de la imposición de la condena en costas.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha seis (06) de octubre de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.⁴

Mediante auto de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.⁵

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante.⁶

La parte accionante en su escrito de alegatos de conclusión solicita que se modifique la sentencia de primera instancia, en el sentido de que sea tenida en cuenta la bonificación mensual como factor salarial para la reliquidación pensional solicitada; toda vez que el demandante al año anterior de adquisición de su estatus de pensionado, esto es, el 30 de septiembre de 2014, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica; bonificación mensual; prima de clima; prima de grado; prima de escalafón; prima de navidad; prima de servicios y prima de vacaciones.

Lo anterior, en virtud del Decreto 1566 de 2014 que consagra dicha bonificación mensual como factor salarial, siendo procedente que sea tenido en cuenta para la reliquidación pensional; igualmente, de acuerdo a la garantía constitucional plasmada en el artículo 48 de la Constitución Política y el principio de desarrollo progresivo emanado del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Finalmente, como petición subsidiaria, solicita que bajo ningún escenario sea condenado en costas la parte demandante.

6.2. Concepto del Ministerio Público.⁷

⁴ 07AdmisiónRecursoApelación

⁵ 10AutoCorreTrasladoAlegar

⁶ 12AlegatosDemandante

⁷ 13ConceptoProcurador00140

El Ministerio Público rindió concepto en esta instancia procesal, donde manifestó que la sentencia objeto de apelación debe confirmarse, por cuanto a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión con fundamento en todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para el caso concreto de los docentes y de los demás trabajadores exceptuados expresamente de la aplicación de la Ley 100 de 1993, también resulta aplicable la segunda subregla expuesta por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación de Sala Plana de lo Contencioso Administrativo, del 18 de agosto de 2018, según la cual, solo hacen parte del IBL, los factores que sirvieron de base para liquidar aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Así las cosas, recalca que la tesis sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, perdió vigencia con respecto al IBL, y por lo mismo, el único criterio de autoridad con que se cuenta en estos momentos para definir asuntos de reliquidación pensional, es el establecido en la providencia de unificación del 18 de agosto 2018.

6.3. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁸

El Dr. César Augusto Méndez Becerra actuando en calidad de Director de Defensa Jurídica Nacional de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, presentó escrito de intervención en el proceso de la referencia, en defensa de los intereses litigiosos de la Nación, donde manifiesta que la presente es una intervención directa y de fondo, que no genera la suspensión del proceso.

Así las cosas, advierte que teniendo en cuenta el marco normativo aplicable y el precedente jurisprudencial, en el presente caso debe proferirse sentencia negando la liquidación o reliquidación de la pensión de jubilación y/o vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización; toda vez que el Consejo de Estado

⁸ 14SolicitudIntervenciónAgencia



mediante la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, claramente determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Determinar si es procedente que el Ministerio de Educación, reliquide la pensión de jubilación del señor Dagoberto Yepes Fajardo, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme a lo establecido en la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de fecha 26 de agosto de 2010?

¿Establecer si es procedente la condena en costas a la parte demandante en primera instancia?

3. Tesis.

La Sala estima que la jurisprudencia aplicable al asunto bajo estudio es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, la cual dispuso expresamente que constituye un precedente obligatorio para los casos que en la fecha de su expedición se encontraban pendientes de decidir.

Por otro lado, el docente demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios por cuanto no se encuentra enlistada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y respecto de la bonificación mensual si bien es cierto que el Decreto 1566 de 19 de agosto de 2014 la establece a favor de los docentes y directivos docentes no es menos cierto precisar que en el expediente no reposa elemento de juicio que acredite que este factor haya sido devengado durante el último año de servicio.

Por otro lado, en cuanto a las costas procesales, dado a que el A quo no condenó en costas, considera la Sala improcedente pronunciarse respecto de ello; conforme a lo previsto en el artículo 320 del CGP.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la pensión de jubilación de docentes oficiales.

El régimen prestacional aplicable, actualmente a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se modificó el artículo



48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003⁹, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación-, en su artículo 115¹⁰, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso 3º del artículo 6º de la ley 60 de 1993¹¹, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente

⁹ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"

10 Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

* Artículo 6. (...)

"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(.••)"



de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales **vinculados antes del 27 de junio de 2003**, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el **contenido en la ley 91 de 1989**¹².

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1 del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados **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, esto es, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes¹³.

A su vez, el numeral 2º literal b)¹⁴ de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

¹² Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de 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 ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;...". (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

¹³ "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:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

» "Artículo 15. (...)



Conforme a lo anterior, a los docentes nacionales y los vinculados a partir del **1 de enero de 1990** les era aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos nacionales -decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78- y los docentes nacionalizados **vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989** estaban cobijados por el régimen territorial es decir la **ley 6 de 1945**.

Lo anterior se mantuvo hasta la expedición de la ley 33 de 1985, la cual unificó el régimen pensional.

Ahora bien, la ley 33 en el parágrafo 2º del artículo 1º consagró un régimen de transición, el cual previo para los trabajadores oficiales que hubieren cumplido **15 años continuos o discontinuos** de servicio a la fecha de su entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la ley 6º de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

En orden a lo expresado, se entiende que a los docentes (nacionales, nacionalizados y territoriales), vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, les es aplicable el régimen pensional general previsto en la ley 33 de 1985, a menos que se encuentren cobijados por el régimen de transición contemplado en esa normatividad.

4.2. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (SENTENCIA DE UNIFICACIÓN)

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵; en su función unificadora, estableció 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, y sentó 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:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).



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

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación 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".

Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" y se subrayó que "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.**

4.3. Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014

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

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



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

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

5. Caso concreto.

5.1. Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- ✓ Obra en el expediente la Resolución No. 1907 del 25 de julio de 2016, proferida por la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, mediante la cual se le reconoce al accionante Pensión de jubilación, teniendo en cuenta la asignación básica, prima de clima, prima de grado y la prima de escalafón, prima de vacaciones y prima de navidad devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, efectiva a partir del 1 de octubre de 2015. (05IncorporaExpedienteDigitalizado Folios Digitales 19-21)
- ✓ Certificación emitida por la Profesional Universitario de Nómina de la Secretaria de Educación en el cual consta los factores salariales sobre los cuales cotizo pensión el señor DAGOBERTO YEPES FAJARDO. (05IncorporaExpedienteDigitalizado Folios Digitales 170)
- ✓ Obra en el expediente formato único para la expedición de certificado de salarios, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que constan los salarios devengados por la señora Rita Sanjuán Pérez del 2015 y 2016. (05IncorporaExpedienteDigitalizado Folios Digitales 171-172)

5.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.



En el sub iudice, pretende la parte accionante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1907 del 25 de julio de 2016 mediante la cual la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar le reconoció al docente DAGOBERTO YEPES FAJARDO pensión vitalicia de jubilación sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año anterior al retiro definitivo; a título de restablecimiento del derecho, solicita que la entidad demandada le reconozca pensión de jubilación a partir del 1 de octubre de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en razón a que, quedó acreditado en el caso de marras que los factores salariales de prima de servicios y bonificación mensual no hacen parte de los factores salariales consagrados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, señalando ser esto razón suficiente para concluir que no le asiste derecho al accionante a que sean tenidos en cuenta para la liquidación del IBL.

La parte accionante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda; lo anterior, manifestando que en el presente caso el A quo se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la cual se establece la base de liquidación de las pensiones del personal docente.

No obstante, considera la apelante que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010, por lo que tenía la confianza legítima de una sentencia; igualmente que la sentencia de unificación del 2019 no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del 2010, por ende insiste en el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales deprecados.

Por otro lado, indica la accionante que el Consejo de Estado ha expuesto que la condena en costas y la fijación de las agencias en derecho no nacen automáticamente contra la parte vencida dentro del proceso, puesto que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de estas. Para

imponerlas, se debe analizar si se ha obrado de forma contraria al derecho, con temeridad o de mala fe y solo en caso de hallar demostradas estas circunstancias se condenará en costas.

Por último, señala que, aunque las pretensiones de la demanda se denieguen, esto no conlleva de forma automática a que se condene en costas; además, advierte que en el sub iudice no están probados los gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse este un asunto de puro derecho y tampoco se acredita la temeridad o mala fe; por lo que solicita que se prescinda de la condena en costas.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

De acuerdo con el material probatorio arrojado al plenario; se tiene que el demandante DAGOBERTO YEPES FAJARDO se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, el 24 de marzo de 1981, según se corrobora de la Resolución No. 1907 del 25 de julio de 2016 a folios digitales 19 y 21.

En efecto, se encuentra acreditado que el actor prestó sus servicios como docente vinculado desde el 24 de marzo de 1981 y adquirió el status de pensionado el 30 de septiembre de 2015 (fls.19-21); así mismo, que se encontraba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que lo excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenida en la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

Acorde con el contenido de la Ley 91 de 1989, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionalizados se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro.



Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención, la cual dispuso respecto de la pensión de jubilación el "*equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*", para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Por lo anterior, se tiene que el régimen pensional aplicable al accionante es el contenido en la Ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijado por la transición consagrada en tal normatividad.

En cuanto a los factores salariales, la mencionada ley (modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985), dispone que "*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 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.*"

En ese sentido, tal como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y **que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.**

En este orden, en el sub judice, en la liquidación del actor, se tuvieron en cuenta: el sueldo básico, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones; sin embargo, en la presente

demanda, solicita la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación mensual.

Así pues, observa la Sala que el Decreto 1566 de 19 de agosto de 2014 creó una bonificación mensual a favor de los docentes y directivos docentes allí descritos, por lo que 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.

Pone de presente la Sala que la bonificación mensual aquí reconocida es distinta a la bonificación por servicios prestados establecida en la Ley 62/85, y por ello sí debe ser tenida en cuenta al momento de liquidar la pensión del actor siempre y cuando sobre la misma se hayan efectuado los respectivos aportes

En el presente caso no es procedente la reliquidación deprecada con inclusión de la prima de servicios y de la bonificación mensual, en razón a que el primer factor no están enlistados en las pluricitadas leyes 33 y 62 de 1985; y respecto de la bonificación mensual si bien es cierto que el Decreto 1566 de 19 de agosto de 2014 la establece a favor de los docentes y directivos docentes no es menos cierto precisar que en el expediente no reposa elemento de juicio que acredite que este factor haya sido devengado durante el último año de servicio .

Así las cosas, considera la Sala que el quantum pensional fue correctamente liquidado por la parte demandada, manteniéndose de ese modo la legalidad del acto acusado.

Por otra parte, advierte la Sala, que la parte demandante está inconforme con la jurisprudencia aplicada en el sub judice, por lo que es dable precisar que la



Sentencia de Unificación¹⁶ en la que se basa el Juez de primera instancia y esta Magistratura, en la parte resolutoria consagra 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.”

De la anterior, se acota, que la Sentencia de Unificación SU-014 del 2019, también es aplicable a procesos cuya demanda haya sido presentada antes de haber sido proferida, puesto que constituye un precedente obligatorio con efectos retrospectivos.

Por otro lado, en cuanto a lo manifestado por la parte demandante sobre las costas procesales, observa la Sala que en primera instancia no se condenó en costas, sin embargo, en el recurso de apelación el demandante aduce que no se debió ordenar la condena en costas.

Teniendo en cuenta lo anterior y conforme a lo establecido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado, la sustentación del recurso de apelación está sometida *“a un contenido de suficiencia que asoció exclusivamente a la concreción de las razones de inconformidad del apelante respecto de la providencia objeto del recurso”*¹⁷; es decir el recurso de apelación debe obedecer al principio de congruencia; en el sentido de que

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718)

el mismo se entiende presentado en lo que afecte los intereses del sujeto procesal que lo interpone; como se infiere del artículo 320 del CGP.

En ese sentido, frente a la incongruencia que presenta el recurso en cuanto a la condena en costas; la Sala se relevará de pronunciarse sobre ello.

Por las anteriores consideraciones, esta Magistratura confirmará la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, sería procedente condenar en costas a la parte vencida; sin embargo, por razones de equidad, y respeto a los principios de buena fe y confianza; esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en esta instancia; en consideración a que cuando se presentó la demanda, estaba vigente la línea jurisprudencial que permitía el reconocimiento del derecho deprecado por la actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en instancia; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.



TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA