



Cartagena de Indias D.T. y C, ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-007-2018-00079-01
Demandante	Oscar Márquez Vanstrahlen
Demandado	Nación - Ministerio de Educación – FOMAG.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto:	Reliquidación pensión docente

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponde.

III. - ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA (fs.1-5)

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 –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 3403 del 5 de septiembre de 2017, por medio del cual niega la **REVISIÓN Y REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION POR FACTORES SALARIALES.**

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, configurado del silencio administrativo negativo en relación con el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo No. 3403 del 5 de septiembre de 2017, el cual fue presentado el 26 de septiembre de 2017.

TERCERO: Que como consecuencia de la Nulidad, se condene a la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-** a reconocer y pagar al señor **OSCAR MARQUEZ VANSTRAHLEN** el ajuste de pensión de jubilación a partir del día siguiente al de haber cumplido (20) años de servicio a la educación y (55) de edad, conforme a las ordenanzas 15 de 1941 y 9 de 1945, cuyas mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado por ella, por el concepto de sueldo y demás salarios en el último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio, junto con los reajustes legales correspondientes".

b). Hechos.

Para sustentar sus pretensiones la parte demandante afirmó que se vinculó como docente adscrito al Departamento de Bolívar el 31 de julio de 1978, y cumplió sus 20 años de servicio el 22 de agosto de 1998, sin haber cumplido el requisito de edad.

El 30 de junio de 2009 cumplió la edad de 55 años, adquiriendo el status jurídico de pensionado, por lo que mediante la Resolución No. 3169 del 2 de junio de 2010, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio del Departamento de Bolívar, reconoció pensión vitalicia de jubilación a su favor, tomando como único factor para determinar la base de liquidación la asignación básica, desconociendo la totalidad de los demás factores salariales a que tiene derecho.

c) Normas violadas y concepto de violación.

Indicó como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 84 de la Constitución Política; el artículo 4 de la Ley 4 de 1966; el artículo 73 del Decreto 1848 de 1996; el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; el artículo 115 de la Ley 115 de 1994; el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998; el artículo 5 del Decreto 2831 de 2005; el artículo 21 del Acto Legislativo 01 de 2005, y el Código Sustantivo del Trabajo.

El acto administrativo mediante el cual la demandada reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación del señor Oscar Márquez Vanstrahlen, se aplican entre otras, la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2005, desconociendo que el ordenamiento legal que al respecto establece que la pensión de jubilación debe ser equivalente al 75% del salario devengado en el año anterior al cumplimiento de los requisitos de ley o el último año de servicio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene ningún fundamento factico o legal que le permita negar el derecho que le asiste al demandante al reajuste de la pensión de jubilación, y ser liquidada con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, como lo es la prima de navidad, más aun, cuando su sustento es una errónea interpretación del artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, que tiene como fundamento la Ley 812 de 2003.

3.2. Contestación de la demanda (fs. 43-53).

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que los actos acusados se encuentran amparados por la presunción de legalidad.



Sostuvo que no es viable que se le reajuste la pensión de vejez de la parte demandante, con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

La liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.", cuyo artículo primero dispone que: "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."

La resolución que reconoció la pensión de la parte demandante fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que "la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente".

Desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han estipulado los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4 de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

Los factores salariales para pensión quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante lo anterior, mediante la Ley 33 de 1985 se determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Los docentes tienen la calidad de servidores públicos y no están cobijados por el régimen especial de pensiones, como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha establecido que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 6º de 1945 y 33 de 1985.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 fue modificado por la Ley 62 de 1985, la cual estableció los factores que se deben tener en cuenta en la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuáles deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso, las

pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquéllos y el régimen de la entidad territorial para éstos.

El artículo 15 de la citada ley establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan en el futuro.

Ley 812 de 2003, o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, y condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales, a partir de la fecha de su entrada en vigencia, cotiza el educador al FNPSM.

Dicha ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al FOMAG es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 establece en su artículo 3 que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente; y que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002; es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.



Para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

3.3. Sentencia apelada (fs. 133-139).

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 30 de abril de 2019, negó las pretensiones de la demanda al considerar que con ocasión a la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en asuntos como el que se estudia, para que proceda la reliquidación de la pensión docente se deben demostrar que los factores salariales que se pretende incluir en la base de liquidación deben estar previstos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y que sobre los mismos se haya cotizado.

Sostuvo el A quo que en el presente asunto se demostró que en los actos administrativos demandados se le tuvo en cuenta al demandante solo la asignación básica en su ingreso base de liquidación, y que aquellos factores que solicita le sean tenidos en cuenta para reliquidar su pensión, no se encuentran enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el máximo ente de lo contencioso administrativo

3.4. Recurso de apelación (fs.160-162)

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, en el que alegó que si la Sentencia 00143 del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado que hace referencia a las reliquidaciones y ajustes de las pensiones de jubilación de los servidores públicos, no era aplicable al presente asunto, toda vez que el demandante se vinculó a la docencia el 22 de agosto de 1978, es decir, antes del 26 de junio de 2006, por lo que al ser un régimen exceptuado como lo es el de los docentes, no hacen parte del sistema General de Pensiones.

Aunado a ello, el demandante adquirió el status pensional el 1 de julio de 2009, razón por la cual su pensión está sometida al imperio de la Ley 812 de 2003, norma que remite a las disposiciones anteriores que regulan la materia, esto es, la Ley 6 de 1645, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985, siendo esta última la aplicable al caso dada la condición de docente nacionalizado.

La decisión adoptada por el a quo, desconoce que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado reiteradamente que las entidades

13001-33-33-007-2016-00079-01

encargadas del reconocimiento o pago de las pensiones, no pueden disminuir el monto de las prestaciones a reconocer con el argumento de que los empleadores no efectúen los aportes cotizaciones, puesto que dicha obligación no le corresponde al empleado sino al empleador.

Por lo anterior, la pensión de jubilación del demandante, debe ser reliquidada con la inclusión de la prima de navidad, la cual fue devengada el último año de servicio anterior a la adquisición de su status pensional.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto del 27 de agosto de 2019 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 171) y mediante providencia de 24 de septiembre de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 176).

La **parte demandada** no presentó alegatos y la **demandante** los presentó aduciendo que el salario no solo lo constituye la remuneración ordinaria y fija sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación, tales como primas, bonificaciones y demás, teniendo como características la habitualidad y periodicidad, lo que ocurre en el presente caso, por lo que el actor tiene derecho a que se le tenga en cuenta no solo la asignación básica sino los demás factores salariales percibidos a efectos de reliquidar su pensión de jubilación (fs. 179-181). - El **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de

jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, porque no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama. Lo anterior, porque estuvo excluido del régimen general de pensiones y se le debe aplicar de forma íntegra las Leyes 33/85 y 62/85, y por mandato de dichas disposiciones, los factores que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional son únicamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

5.4.1. De la pensión de jubilación docente.

El Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras, había mantenido el criterio de que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tenían el carácter enunciativo y no taxativo, y que todos aquéllos emolumentos que tuvieran materialmente los atributos del salario debían ser reconocidos como tales, aunque la ley no lo hiciera expresamente, por respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formas y progresividad, al tiempo que debían tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional, con independencia de que se hubiera cotizado sobre los mismos, pues en caso negativo bastaba con ordenar que del valor de la condena se hicieran los descuentos con destino a la entidad de previsión correspondiente.

En reciente pronunciamiento, la Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia de 25 de abril de 2019, dentro del proceso seguido por Abadía Reinel Toloza contra el FOMAG, dentro del radicado N° 680012333000201500569-01, unificó el criterio respecto del régimen prestacional y pensional de los docentes, en los siguientes términos:

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 1°, 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



13001-33-33-007-2018-00079-01

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 nacionalizados¹, 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 1985².

12. De acuerdo con el artículo 1° 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 1° de la Ley 33 de 1985.

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

15. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son:

¹ 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.

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



13001-33-33-007-2018-00079-01

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"³.

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.

³ 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".





13001-33-33-007-2018-00079-01

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 hiciera 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 remplazo: 75%
 - ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el periodo 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 años⁴. Esto quiere decir, que para el

⁴ 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.



13001-33-33-007-2018-00079-01

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:

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

⁵ 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>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio <p>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</p>	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna <p>(Decreto 1158 de 1994)</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>		

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.



13001-33-33-007-2019-00079-01

- 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 prohija 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 modificará el criterio que venía adoptando en torno a los factores salariales que debían tenerse en cuenta para liquidar la pensión de los docentes, conforme al cual debían incluirse todos los devengados; y estima que en el presente caso deben tenerse en cuenta únicamente los factores sobre los cuales se hubieran hecho cotizaciones a la seguridad social, entre otras cosas porque se trata de una regla que estaba prevista de manera explícita en el artículo 3º de 1985, modificado por la Ley 62/85, de acuerdo con el cual "**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.**"

Agrega la Sala que también debe incluirse en el ingreso base de liquidación los factores salariales que de acuerdo con normas posteriores a la Leyes 62 de 1985, hayan sido previstos como ingreso base de cotización en materia pensional.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución No. 3169 del 2 de junio de 2010, por medio de la cual la accionada reconoció la pensión de jubilación al docente demandante, teniendo en cuenta para liquidarla la asignación básica, prima de vacaciones y prima de alimentación (fs. 8-9).
- Copia de la Resolución No. 3403 del 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual la accionada negó la reliquidación de la pensión de jubilación del docente Oscar Márquez Vanstrahlen (fs. 11-12).
- Copia del recurso de reposición presentado por el demandante en contra de la Resolución No. 3403 del 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual la accionada le negó la reliquidación de la pensión de jubilación. (fs. 13-14)
- Copia del formato único para la expedición de certificado de salarios, suscrito por el Profesional Especializado en atención al Ciudadano de la Secretaría de Educación del Departamental de Bolívar, donde consta que el demandante, entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, devengó asignación



13001-33-33-007-2018-00079-01

básica, prima de navidad, prima de alimentación y prima de vacaciones. Este documento no señala cuáles fueron los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes a seguridad social en pensiones (fs. 15-17).

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

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de Resolución No. 3403 del 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual se le negó la reliquidación de su pensión de jubilación, y del acto ficto negativo producto del silencio administrativo en que incurrió la accionada al no dar respuesta al recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo mencionado.

La entidad demandada liquidó la pensión de jubilación de la accionante teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de la asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones devengada el año anterior a la adquisición del status pensional (fs. 8-9).

Ahora bien, se acreditó que el demandante fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenido 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 (Leyes 33 y 62 de 1985), aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

En efecto, de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2013, debe aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el ingreso base de liquidación – IBL – (tasa de remplazo y monto). Y en aplicación de dicha Ley no deben tenerse en cuenta, a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que no se hubieran realizado aportes o cotización a la seguridad social en pensiones.

En el presente caso, el demandante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre la prima de navidad, factor que además, no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62/85, por medio de la cual se modificó la Ley 33/85, como partes del ingreso base de cotización. Por ello, afinó la entidad demandada al no incluirlo en el IBL.

También cuestionó el apelante a la Juez A quo por haberse apoyado en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aduciendo que la misma se limitó a examinar el significado del artículo 36 de la Ley 100/93 que estableció



13001-33-33-007-2018-00079-01

el régimen de transición, y excluyó expresamente de su estudio el régimen pensional de los docentes oficiales.

Si bien esto último es cierto, también lo es que el régimen pensional de los docentes oficiales fue objeto de sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo, comentada en el marco normativo jurisprudencial de esta sentencia, y llegó a la conclusión de que el régimen pensional de las personas vinculadas al FOMAG, por remisión autorizada de la Ley 91 de 1989, es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la última de las cuales señala expresamente los factores sobre los cuales debe efectuarse la cotización a seguridad social y deben ser incluidos en la base de liquidación pensional.

Los criterios sostenidos para arribar a esa conclusión, que esta Sala prohija, conducen igualmente a confirmar la decisión apelada.

5.6. 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.

En el presente caso el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue resuelto desfavorablemente; no obstante, la Sala no le impondrá condena en costas, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que la demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

Dado que la falta de prosperidad de la demanda se produjo con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo condenar al demandante en costas.

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

VI. FALLA

PRIMERO. Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

13001-33-33-007-2018-00079-01

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados (as).


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

- Ausente con permiso -
MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-007-2018-00079-01
Demandante	Oscar Márquez Vanstrahien
Demandado	Nación - Ministerio de Educación - FOMAG.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto:	Reliquidación pensión docente