

13001-33-33-009-2017-00260-01

Cartagena de Indias D. T. y C. trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-009-2017-00260-01
Demandante	José Antonio Peláez Bonett
Demandado	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	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 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo 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.

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:

1. *Se declare la nulidad parcial de la Resolución número 125 del 23 de julio de 2007, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina del Municipio de Magangué, por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a José Antonio Peláez Bonett, con cédula de ciudadanía No. 9.130.781*
2. *Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a José Antonio Peláez Bonett...pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionad. (...)"*



13001-33-33-009-2017-00260-01

b). Hechos: Para sustentar sus pretensiones la parte demandante, afirmó que prestó sus servicios como Docente durante más de 20 años, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución N° 125 del 23 de julio de 2007; no obstante, para efectos de la liquidación solo incluyó la asignación básica desconociendo los demás factores salariales tales como prima de navidad, prima de vacaciones y la prima de alimentación especial.

c) Normas violadas y concepto de violación

Afirmó que el acto acusado violó el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, las Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes nacionalizados, señaló que era claro que en el asunto bajo estudio el régimen que debe observarse es el establecido en la Ley 91 de 1989.

Señaló que la Ley 33/85 no instituye de manera taxativa los factores salariales que conforman la base para calcular la mesada pensional, sino que, de manera general, expresa que la pensión mensual vitalicia de jubilación se pagará sobre el equivalente al setenta y cinco por ciento 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Así las cosas, al no estar definidos los factores salariales, tal circunstancia no impide que se incluyan todos los emolumentos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

Citó en su apoyo la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

3.2. Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, contestó la demanda extemporáneamente.

3.3. Sentencia apelada (fs. 86-90).

La Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 19 de diciembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda.



13001-33-33-009-2017-00260-01

Para sustentar su decisión afirmó, en resumen, que el régimen pensional aplicable al caso en estudio era el contenido en el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989, quedando excluida la actora del régimen contenido en la Ley 100 de 1993.

Luego de transcribir la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, concluyó que los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión del demandante son los señalados expresamente en la Ley 33 y 62 de 1985.

Por lo anterior, la demandante no tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación, incluyendo los factores salariales reclamados, teniendo en cuenta que la Ley 62 de 1985 aplicable a la situación pensional de la actora, no contempla dichos factores salariales para su reconocimiento.

3.4. Del recurso de apelación (fs. 92-100).

La Sala Plena del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 fijó reglas sobre la interpretación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y fue clara en señalar que no era aplicable a los docentes, por estar excluidos del régimen general de pensiones establecido en dicha Ley, y por ello no se le aplica su régimen de transición. Luego, no es un precedente aplicable al caso bajo estudio.

Por lo tanto, se debe dar aplicación a la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010.

Por lo anterior, la providencia recurrida interpreta de forma equivocada la sub-regla contenida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relacionada con el principio de solidaridad previsto en la Ley 100/93 que no se aplica al régimen pensional aplicable a los docentes afiliados al FOMAG, quienes solo cotizan para sí mismos en dicho fondo.

La Juez aplicó la sentencia de unificación comentada de forma equivocada al caso en estudio, como si se tratara de un asunto análogo, rompiendo con el principio de la justicia rogada, confianza legítima y congruencia.

Agregó que los docentes afiliados al FOMAG tienen un régimen especial, establecido en el artículo 91 de la Ley 91 de 1989, en armonía con el Decreto 1045 de 1978, el cual indica los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidar y reliquidar la mesada pensional de todos los docentes.

Manifestó que la sentencia mencionada hace un estudio del régimen de transición; no obstante, los docentes se encuentran cobijados por las Leyes 33 y 62 de 1985 en virtud de lo ordenado en la Ley 91 de 1989.



13001-33-33-009-2017-00260-01

La Ley 91/89 fija el concepto de salario sin limitarlo o condicionarlo a los factores sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones, como si lo hace la Ley 33/85 y 100/93, por ello el concepto de salario aplicable a los docentes es el establecido en el artículo 127 del C. S. T., normas que permiten incluir en la base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia.

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto 28 de mayo de 2019 se admitió el recurso de apelación (f. 106) y mediante auto de 24 de julio 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. 193).

Las partes no presentaron alegatos de conclusión y 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 la demandante tiene derecho, en aplicación de la Ley 91 de 1989, a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todos los factores salariales devengado durante el último año de servicios.



5.3. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia apelada, porque la demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, toda vez que, si bien el docente estuvo excluido del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100/93, se le debe aplicar de forma íntegra las Leyes 33/85 y 62/85, y por mandato de dichas disposiciones los factores salariales 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 Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".



13001-33-33-009-2017-00260-01

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 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** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica,

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".



13001-33-33-009-2017-00260-01

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.
 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,

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".





13001-33-33-009-2017-00260-01

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 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 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.

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.





13001-33-33-009-2017-00260-01

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	
• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985		• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años		✓ 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.



13001-33-33-009-2017-00260-01

Último año de servicio docente (literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° de la Ley 33 de 1985)	▪ 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 (Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	▪ 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 (Decreto 1158 de 1994)
	De acuerdo con el artículo 8° 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.		

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 parágrafo 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



13001-33-33-009-2017-00260-01

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 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."**

5.5. Caso concreto

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución No. 125 del 23 de julio de 2007, por medio de la cual la accionada reconoció la pensión de jubilación del docente demandante, teniendo en cuenta para liquidarla la asignación básica (fs. 20-22).

- Copia del formato único para la expedición de certificado de salarios, suscrito por el Profesional Universitario de la Secretaría de Educación Municipal de Magangué, donde consta que el demandante durante el 1º de enero de 2006 y 31 de diciembre de 2007, devengó asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad. Este documento no precisa cuáles fueron los factores salariales con base en los cuales se hicieron aportes a seguridad social (f. 23).

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

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resolución No. 125 del 23 de julio de 2007, por medio de la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación del demandante.





13001-33-33-009-2017-00260-01

La entidad demandada liquidó la pensión de jubilación de la accionante teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio, incluyendo en la base de liquidación exclusivamente la asignación básica (fs. 21).

Ahora bien, se acreditó que la demandante fue afiliada 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, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

La Resolución 125/07 que reconoció la pensión al demandante señaló que aplicó al caso el numeral 1º inciso primero del artículo 13 de la Ley 91 de 1989, lo cual carece de sentido porque dicho artículo no tiene numerales.

Sin embargo, a folio 25 del expediente figura una copia del formato único para la expedición de certificado de historia laboral, en el que consta que el demandante se posesionó en el cargo de docente el 22 de marzo de 1980.

Para establecer cuál es el régimen que le resulta aplicable conviene transcribir el artículo 15 de la Ley 91/89, cuyo texto, en los apartes relevantes, es el siguiente:

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

(...) 2. Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.





13001-33-33-009-2017-00260-01

Si bien el apelante funda sus argumentos en el contenido del inciso segundo del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91/89, lo cierto es que dicha disposición se aplica a los docentes nacionales y nacionalizados (y este es su caso), vinculados a partir del 1º de enero de 1981, y como el demandante fue vinculado con anterioridad (el 22 de marzo de 1980), no le resulta aplicable.

Las reglas que le resultaban aplicables a la situación pensional del accionante eran contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985, como se demuestra con la siguiente descripción del régimen a que han estado sometidos los docentes oficiales.

- El régimen prestacional y pensional de los servidores del sector oficial ha sido fijado por las Leyes **6ª de 1945 y 4ª de 1966** y los **Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969**, los cuales frente al monto pensional establecieron que el mismo sería calculado sobre el 75% de todo lo percibido por concepto de salario en el último año de servicios.

Posteriormente, con el Decreto 2272 de 1979 se expidió el estatuto docente, en el que si bien se consagró un régimen especial docente, éste sólo se limitó a materias como ingreso, estabilidad, ascenso y retiro del ramo, dejando por fuera lo relacionado con el régimen prestacional de dichos servidores.

"Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales."

A su turno, la Ley 33 de 1985 por la cual se dictaron algunas normas sobre las Cajas de Previsión y las prestaciones sociales para el sector público, vigente a partir del 13 de febrero de 1985⁶, y aplicable a los empleados oficiales de **todos los órdenes**, en su artículo 1º dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron para calcular sus aportes durante el último año de servicios. Para tal efecto, en su artículo 3º hizo una relación de los factores que serían tenidos en cuenta para la determinación de la base de liquidación de los aportes, así:

"ARTICULO 3o. 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 de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará

⁶ Sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932-06 de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.



13001-33-33-009-2017-00260-01

constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:

- **asignación básica;**
- **gastos de representación;**
- **prima técnica;**
- **dominicales y feriados;**
- **horas extras;**
- **bonificación por servicios prestados; y**
- **trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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. (Negritas y subrayas de la Sala)"

Cabe anotar que esta ley, en su artículo 25, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Contempló además, que las normas allí contenidas no serían aplicables a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Adicionalmente, en su artículo 1º párrafo 2º⁷ estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden nacional como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, que contaran con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarían a las disposiciones anteriores.

Finalmente, el contenido del artículo 1º de la ley en estudio (33 de 1.985) fue modificado por la Ley 62 de 1985, vigente a partir del 16 de septiembre, al indicar:

"ARTÍCULO 1: ...

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:

⁷ "Artículo 1º: 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.

PARAGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley...

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán regiendo por las normas anteriores a esta Ley."



13001-33-33-009-2017-00260-01

**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."**

En virtud del proceso de nacionalización de la educación dispuesto en la Ley 45 de 1975, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenó que a partir de su vigencia el personal nacional y nacionalizado seguiría en materia prestacional las siguientes reglas:

"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 1.990 será regido por las siguientes reglas:

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".

De acuerdo con lo anterior, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales 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 Ley 115 de 1994 – General de Educación-, remitió la regulación del régimen prestacional de los educadores estatales a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y en esa misma ley.⁸

Por otra parte, con la Ley 100 de 1993 se introdujo una modificación al anterior sistema general de pensiones, en cuanto a edad, tiempo de servicios y factores de liquidación, regulando en materia pensional que el monto de la prestación oscilaría entre el 65% y el 85% del Ingreso Base de Liquidación, disposición de cobertura general que dejó atrás los regímenes establecidos a través de las

⁸ Art. 115 Ley 115 de 1994.



13001-33-33-009-2017-00260-01

normas dictadas con anterioridad a su expedición, salvo situaciones especiales en las que no sería aplicable y que fueron consagradas bajo la figura del régimen de transición para quienes a la fecha de su vigencia contaran con 35 años de edad o más en el caso de mujeres o 40 años de edad para los hombres:

Finalmente, la Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, de igual forma dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985⁹, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta.

*"Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales
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 de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente."*

En síntesis, el régimen pensional de los **docentes nacionalizados** vinculados con anterioridad al año 1989, como es el caso del accionante, es el descrito por las Leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, evento en el cual son aplicables los Decretos anteriores, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Conclusiones.

Como el demandante se vinculó al servicio educativo estatal antes de 1989, se debió aplicar a su reconocimiento y liquidación pensional las Leyes 33 y 62 de 1985, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, tasa de reemplazo e ingreso base de liquidación.

En aplicación de dicha Ley solo deben tenerse en cuenta a efectos de integrar la base de liquidación, los factores sobre los que se hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, pues así lo establece el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

⁹ Parágrafo del Artículo 3°.



13001-33-33-009-2017-00260-01

En el presente caso el demandante no acreditó que durante el último año de servicios hubiera recibido factores salariales distintos a la asignación básica que conforme a las Leyes 33/85 y 62/85 debieran ser objeto de cotización a la seguridad social en pensiones.

Los factores salariales que devengó y que pretende incluir en el IBL para efectos de reliquidación son: prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación especial, los cuales no están previstos como ingreso base de cotización en las Leyes mencionadas.

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 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, 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



13001-33-33-009-2017-00260-01

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** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

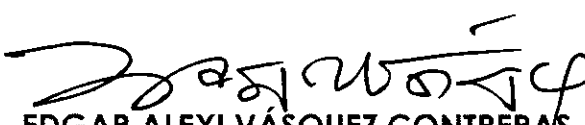
VI. FALLA

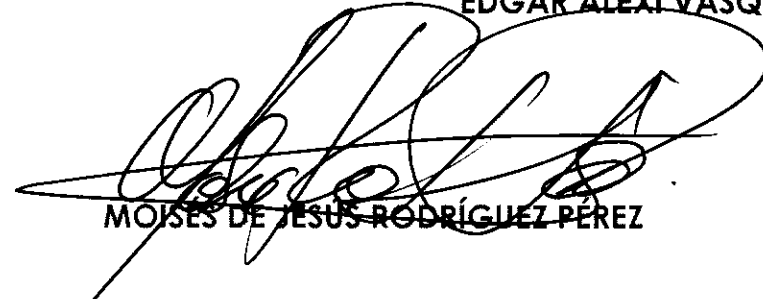
PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOÍSES DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-009-2017-00260-01
Demandante	José Antonio Peláez Bonett
Demandado	Nación - Ministerio de Educación -FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación pensión docente