Cartagena de Indias D.T. y C, veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-014-2017-00124-01
Demandante	Myriam de la Espriella Rodríguez
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 18 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 11 - 17).

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 es parcialmente nulo el acto administrativo No. 1556 del 03 de marzo de 2014 expedido por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual se reliquida la pensión de jubilación a mi representado (a) por retiro definitivo del servicio oficial.*
>
> ***SEGUNDA.** Que, como consecuencia de la Nulidad, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados el último año de servicio, incluyendo: la prima de alimentación especial, la prima de navidad y la prima de vacaciones en un 75% a favor del (a) señor (a) MYRIAM DE LA ESPRIELLA RODRÍGUEZ, identificada (a) con la cédula de ciudadanía No. 33.139.805.*
>
> ***TERCERA:** Que la pensión reliquidada sea ajustada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A. hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula (...)"*
>
> "

b. Hechos

Para sustentar sus pretensiones la parte demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

Mediante Resolución No. 1556 del 3 de marzo de 2014, la entidad accionada le reliquidó su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio oficial docente, efectiva a partir del 23 de julio de 2013, en cuantía de $ 1.947.207 mensuales.

Para reliquidar su pensión solo se tuvo en cuenta como factor salarial la asignación básica mensual, dejando por fuera la prima de alimentación especial, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 2, 6, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Nacional, 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y las Leyes 91/89, 33/85, 62/85, 60/93, 100/93, 115/94 y 1395/10.

Manifestó que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, manifestó que " *en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estén simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios*".

Adujo que la entidad accionada está incurriendo en una desviación de poder al no incluirle en su asignación de la prima de alimentación especial, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

3.2. Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG-, contestó la demanda (fs. 46 - 56), 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 las Resoluciones 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 1ª 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 6ª 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. 66 - 69).

El A-quo negó las pretensiones de la demanda aduciendo, en resumen, que la demandante se vinculó como docente oficial a partir del 30 de abril de 1973; se aceptó renuncia mediante Decreto 0949 del 17 de julio de 2013 y permaneció en el cargo hasta el día 21 de julio de 2013, según se advierte del mismo acto acusado.

Teniendo en cuenta el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que dispone la aplicación de las normas vigentes con anterioridad a la expedición de dicha ley a los docentes vinculados al servicio público, a la accionante le resulta aplicable la Ley 91/89 y en virtud de esta y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85, en consecuencia, para efectos de determinar los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de la demandante, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 1° ibídem.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación manifestó que los factores enlistados en la Ley 33/85 son taxativos, por lo que no se pueden tenerse en cuenta factores diferentes a los enlistados en dicha norma.

El formato único para la expedición de certificados de salarios, demuestra que la demandante durante el último año de servicios anteriores al retiro definitivo, además de la asignación básica, devengó prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones.

La Resolución No. 1556 del 03 de marzo de 2014, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de la demandante, se tuvo en cuenta solo la asignación básica, dejando por fuera la prima de alimentación, la prima de navidad y la prima de vacaciones. No obstante, dichos factores no pueden ser incluidos en la misma porque no se encuentran enlistados en la Ley 33/85.

3.4. Recurso de apelación (fs. 75 - 77).

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando en resumen, que el argumento del A-quo desconoce el régimen aplicable a la pensión de jubilación de los docentes.

Sostuvo que el artículo 15 de la Ley 91/89 dispone que la pensión de los docentes se debe reconocer con el 75% del salario mensual promedio del último año de servicios., lo que incluye todas las sumas que se perciben de manera habitual y periódica como contraprestación de sus servicios.

Como existe norma posterior a la Ley 33/85, ésta solo se debe aplicar respeto de la edad y tiempo de servicios para adquirir pensión, y en cuanto a los factores

salariales se debe aplicar la sentencia de Unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010.

Por último, solicitó que se tuvieran en cuenta sentencia de tutelas proferidas por el Consejo de Estado en los años 2018, por medio de las cuales se accedió a la reliquidación de las pensiones con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto del 19 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (fl. 84) y mediante providencia de 12 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. 88).

La entidad accionada solicitó que se confirmará la sentencia de primera instancia, apoyándose en la sentencia SU-014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado, en la que señaló que en las liquidaciones de las pensiones ordinarias de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812/03, que gozan del mismo régimen de pensiones ordinarias de jubilación para los servidores públicos de orden nacional previsto en la Ley 33/85, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62/85, y por lo tanto, no se puede incluir factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo (fs. 93 - 95).

La parte demandante no alegó de conclusión.

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 parte demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todo lo devengado durante el año de servicio como docente.

5.3. Tesis de la Sala.

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

5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

De la pensión de jubilación docente.

Si bien 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° 68001233300020150056 9-01, 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".

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

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

I. (...)

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

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

[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".

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 : 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 l**os señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1° 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 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.**

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

---

[3] **LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"**

"ARTÍCULO 1°. 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".

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, 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 período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

33. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003

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

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

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

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 2° 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**
75%	**65% - 85%**[5] (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**

[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 articulo 3 del Decreto 3752 de 2003.
[5] Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Periodo	Factores	Periodo	Factores
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**

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.

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 durante el último año; 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 3° de la Ley 33/85, 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. 1556 del 3 de marzo de 2014, por medio de la cual la accionada reliquidó la pensión de jubilación de la parte demandante, con ocasión al retiro definitivo, incluyendo en el IBL el sueldo básico (fs. 2 - 3).

- Copia del formato único para la expedición de certificado salarios, suscrito por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, donde consta que el demandante devengó, entre el 1° de enero de 2012 al 23 de julio de 2013, asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación especial (fs. 7).

- Copia del certificado único para la expedición de certificado de historia laboral, suscrito por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, donde consta que el demandante se vinculó al servicio oficial docente el 30 de abril de 1973; es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 (fs. 4).

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Pretende la parte demandante que se re liquide su pensión con base en todos los factores salariales devengados en el último de año de servicios.

La entidad demandada reliquidó la pensión de jubilación de la accionante teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de la asignación básica devengada durante el último año de servicios, (fs. 2 -3).

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

De acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado examinada previamente, y teniendo en cuenta que la demandante se vinculó con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, a la liquidación de su pensión debió aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación – IBL. Y en aplicación de dicha Ley solo deben tenerse en cuenta a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional; y en el presente caso el demandante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre factores distintos de la asignación básica, que fue la tenida en cuenta a la accionada al reconocer y liquidar su pensión.

En el presente asunto, la demandante solicitó que se le incluyera en su pensión de jubilación la prima de navidad, prima de alimentación y prima de vacaciones. No obstante, dichos factores salariales no están previsto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 como ingreso base de cotización, y por ello no tiene derecho a su inclusión en el IBL.

Por último solicitó que se tuvieran en cuenta sentencia de tutelas proferidas por el Consejo de Estado, por medio de las cuales se accedió a la reliquidación de las pensiones con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios. No obstante, la Sala no las aplicará tenido en cuenta que el Consejo de Estado unificó el tema en sentencia citada en el marco normativo de esta providencia.

5.6. Condena en costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del C.P.A.C.A, 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 las pretensiones de la parte demandante fueron resueltas 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** 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.

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

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso