Cartagena de Indias D. T. y C, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00165-01
Demandante	ANAYS DEL CARMEN BERTEL GONZÁLEZ
Demandado	NACION MIN. EDUCACIÓN /FOMAG Y OTROS
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	IBL/DOCENTE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2.1. LA DEMANDA.

2.1.1 Pretensiones.

En síntesis se pretende la nulidad parcial de la resolución No. 7662 del 06 de noviembre del 2014, mediante la cual se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a ANAYS DEL CARMEN BERTEL GONZÁLEZ y la nulidad parcial de la resolución No. 0955 del 09 de febrero del 2017, mediante la cual se negó el reajuste pensional.

Como pretensión consecuencial se ruega porque se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

La base de liquidación pensional determinada en la resolución No. 7662 del 06 de noviembre del 2014, incluyó solo la asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de clima, la prima de grado, y la prima de escalafón, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, y demás factores salariales percibidos en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Citó como violadas las siguientes normas:

- Ley 33 de 1985: artículo 1

- Ley 91 de 1989: artículo 15

- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado dictada el 4 de agosto del 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Precisa que la discrepancia radica en los factores salariales, pues se omitió el deber legal de incluir todos los devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionado.

1.4. LA CONTESTACIÓN.

Distrito de Cartagena de Indias.

Formuló la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que el derecho pretendido debe atenderlo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El fallo apelado accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad parcial de las resoluciones: 7662 del 6 de noviembre del 2014 y 0955 del 09 de febrero del 2017, habida consideración que no incluyeron para efectos de la liquidación de la mesada pensional, las horas

extras devengadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.

Erigió la siguiente tesis:

> *"El despacho sostendrá por tesis que en el presente caso si hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con inclusión del factor horas extras devengado durante el último año de labores, toda vez que dicho factor se encuentra dentro de los previstos en la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de ese mismo año, (…)."*

Como regla jurídica aplicable al caso hizo alusión al precedente jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018, proferida por el Consejo de Estado, en tanto debe entenderse que en el tema de los factores salariales opera la taxatividad y por ello los factores a tener en cuenta no pueden ser otros que aquellos discriminados en la ley 33 de 1985.

Así pues, determinó que los factores prima de navidad y prima de servicios, por no encontrarse contemplados en la normativa no se pueden incluir en la base pensional, no obstante, en lo que respecta a las horas extras, este factor si se encuentra incluido en la lista taxativa y como se acreditó que fue devengado, según el certificado de salarios visible a folio 27, impera la inclusión del mismo y por ende el reajuste pensional.

Declaró además la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito de Cartagena.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Centra el censor el núcleo del reproche en el hecho que NO debe aplicar en el caso concreto, la postura asumida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018, por cuanto dicho precedente expresamente determina que no aplica a los docentes y en tanto su estudio se contrajo a unificar el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

A su turno, reclama que se de aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010, para que no se afecte la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza y la coherencia del ordenamiento jurídico, y en tal sentido se orden la inclusión de todos los factores salariales devengados

por la docente en el último año anterior a la adquisición de su estatus de jubilada.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público en esa oportunidad emitió concepto, recomendando la confirmación de la sentencia apelada, pues a su juicio se debe imponer la interpretación realizada en la sentencia de unificación del 18 de agosto del 2018 (sic).

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, se ejerció control de legalidad del mismo, conforme lo preceptuado en el artículo 207 del CPACA, por ello y teniendo en cuenta que en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

Con fundamento en lo mencionado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

3.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Art. 320. Fines de la apelación.*** *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem:* "*tantum devolutum quuantum appellatum*".

3.3. Problema jurídico.

Se contraerá a establecer si debe modificarse o no la sentencia apelada para en su lugar acceder a la totalidad de la pretensiones de la demanda.

Para resolverlo se dilucidará si en efecto le asiste a la parte actora el derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional. Se precisará cual precedente se impone.

3.5. Tesis

Aun cuando la tesis jurídica esgrimida en primera instancia no riñe con la prohijada por el tribunal (que se sustenta en las sub reglas de unificación de obligatoria aplicación al asunto), esta Sala de Decisión argumentará que la sentencia apelada debe REVOCARSE, pero no para acceder al resto de pretensiones de la demanda, sino para negarlas todas pues, a la luz de la ley y la jurisprudencia de unificación aplicable al asunto, la actora no tiene derecho a que los factores salaries que discute conformen su IBL y, en lo que respecta al concepto **horas extras**, si bien el mismo es factor salarial comprensivo de IBL, contario a lo concluido en primera instancia, el mismo no fue acreditado como devengado en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, luego no hay lugar a reconocerlo.

3.6. Argumentación normativa y jurisprudencial.

3.6.1. Marco normativo que regula la pensión ordinaria de los docentes oficiales.

A continuación se efectuará el análisis de la normatividad que regula la pensión ordinaria docente y los precedentes jurisprudenciales en la materia.

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

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el parágrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005[1], por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

[1] "Artículo 1°. (…)

Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.

(…)".

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003[2], señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), en su artículo 115[3], dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso 3º del artículo 6º de la ley 60 de 1993[4], preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989[5].

---

[2] *Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"*
[3] Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

[4] *Artículo 6. (...)*

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

(…)"
[5] Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1° del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes[6].

A su vez, el numeral 2° literal b)[7] de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión

---

91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;…". (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

[6] "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:

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

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

[7] "*Artículo 15. (…)*

2. Pensiones:

A. 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 hubieran 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 esta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. 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."

de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

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

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

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

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

Por demás, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo[8] acogió 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 se había fijado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con anterioridad (sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018) y sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de unificación suj-014 -ce-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

> "***<u>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."</u>***

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual, "*en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios*".

Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" y se subrayó que "*los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación*". **<u>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 1º de la Ley 62 de 1985.</u>**

Recapitulando, la regla es la siguiente:

> *"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* ***<u>únicamente:</u> 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."***

3.7. Argumentación fáctica y probatoria.

Lo primero que debe indicarse es que el precedente que debe aplicarse es la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), puesto que ello es un deber insoslayable, más aún cuando **<u>su resolutivo tercero dispone que sus efectos son retrospectivos</u>**; de hecho esta Sala de decisión lo viene haciendo para casos de igual linaje, pues considera que la labor unificadora, en contraste

con lo asegurado por la censura, lo que hace es decantar el ordenamiento jurídico para hacer efectivos principios como la seguridad jurídica, la coherencia en la aplicación del derecho, la igualdad y otros tantos de similar raigambre.

Y es que, en un marco de respeto por nuestro sistema de fuentes y las garantías propias del debido proceso, la Constitución Política y la Ley han estructurado un procedimiento eficiente y completo para hacer efectivos los principios constitucionales aludidos en la solución de los asuntos administrativos y judiciales, cuya necesidad e importancia para la vigencia del Estado Social de Derecho se pone de presente desde la jurisprudencia de unificación que viene a ser su principal interprete.

Nada más contradictorio a que se pida que se deseche el precedente de unificación del 28 de agosto del 2018 por cuanto no es regla aplicable a los docentes, pero si se pida con vehemencia la aplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010, siendo que aquella ingresó al universo jurídico precisamente para rectificar las posturas asumidas por esta desde el año 2010. Es decir, en sana lógica jurídica, si no es aplicable la del 2018 porque no involucra a los docentes, la conclusión debería ser la misma frente a la del 2010, pues las dos regularon el mismo tema.

Ahora bien, habiendo precedente de unificación con efectos retrospectivos en el caso específico de los docentes (según se advirtió supra), a él se atiene la Sala de Decisión sin que sea del caso, dique por seguridad jurídica, acoger otro fallo de unificación que, en estrictez, no aplica al asunto por cuanto, a más de que ya perdió vigencia, no involucra a los docentes sino a los demás empleados del Estado, beneficiarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993, lo que por supuesto no tiene cabida en el *sub examine*, amén de que existe una sub regla jurisprudencial especial (se reitera).

No se olviden dos cosas: i) el precedente que se prohíja por el censor, es decir, la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 que ordenaba la inclusión en el IBL de todos los factores devengados por los servidores públicos, así sobre los mismos no se hubieran realizado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, **fue rectificado**, a través de fallo, también unificatorio, del 28 de agosto del 2018, para establecer la taxatividad bajo el alero de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y, ii) la *ratio decidendi* de aquella sentencia, además de

haber sido derogada, no involucra a los docentes, sino que trató la problemática de los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición (inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993), que no de los docentes.

Por lo dicho y ante la disanalogia subrayada, impera concluirse que, aun cuando falló (aparentemente) el *a quo* en la escogencia de la sub regla jurisprudencial, lo que deviene totalmente comprensible por la incertidumbre que a la sazón campeaba, no se impone la tesis esbozada en la censura sobre el particular, más aun cuando, el fallo unificatorio de los docentes que acá se impone, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales en el régimen de la Ley 33 de 1985, que se había fijado precisamente en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 que desprecia la censura.

Descendiendo al *sub lite*, se tiene que conforme a las circunstancias fácticas probadas, la accionante se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia de la ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003, según se corrobora de la resolución No. 7662 del 06 de noviembre del 2014 (acto demandado) y certificado de historia laboral (véanse folios 25 a 26 Cdno. No. 1).

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente nacional vinculada desde 22 de junio de 1994 (véase folio 25 a 26 ídem) y adquirió el status de jubilada el 23 de junio de 2014, tal y como se observa de la resolución 7662 de 2014 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo a los supuestos fácticos antes relacionados y el recuento normativo expuesto, se tiene que el régimen pensional aplicable a la accionante es el contenido en la ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijada por la transición consagrada en tal normatividad. Lo anterior por cuanto, antes de la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 (el 13 de febrero de 1985), la actora todavía no contaba con los 15 años de servicio, a decir verdad, ni siquiera se había vinculado al servicio.

Con todo y lo anterior se precisa que, dicho régimen de transición (el de la ley 33 de 1985), si acaso operara (que no ocurre en este asunto), solamente daría lugar a que se aplicara la norma anterior a la citada ley

33 de 1985, en lo que respecta al requisito de la edad, por disposición expresa del parágrafo 2 del artículo 1 de dicha norma, permaneciendo incólume lo relativo el IBL.

Así las cosas, la pensión de jubilación de la demandante debió liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985[9], que consagró una pensión de jubilación "*equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*", para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Ahora bien, en cuanto a los factores salariales (tema en discusión), debió darse aplicación a lo previsto en el artículo 3[10] de la mencionada ley (modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985), en el cual se dispone que "*la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:* ***asignación***

---

[9] **ARTICULO 1.** 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.** No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. PARÁGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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

[10] **ARTÍCULO 3.** 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.**

Parágrafo único. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

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."*

En cuanto al alcance de la anterior disposición, como viene de comentarse, la **sentencia de unificación de 25 de abril del 2019**, consideró que el listado contenido en el artículo en comento tiene carácter taxativo y por tanto no es admisible la inclusión de otros factores salariales.

Aplicando lo hasta ahora expuesto al caso que nos ocupa, fuerza colegir que la accionante no tiene derecho a que su mesada pensional se liquide tomando como base todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, sino solamente los factores que hayan servido de base para calcular los aportes y sin que difieran estos de la lista taxativa expuesta por el aludido artículo 1 de la ley 62 de 1985, cueles son – se itera -: **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.**

Al respecto, de acuerdo al certificado de factores salariales devengados, emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 27Cdno. 1), la demandante durante el año anterior al **23 de junio de 2014**, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada, devengó **asignación básica**, **prima de clima** (no aplica), **prima de escalafón** (no aplica), **prima de navidad** (no aplica), **prima de vacaciones** (no aplica)**, prima de grado** (no aplica) y **prima de servicios** (no aplica) , luego entonces fuerza colegir que el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación de la actora no deviene ilegal por no incluir la prima de navidad (factor deprecado en la demanda), pues evidentemente ella, no debe hacer parte del IBL pensional a la luz de la normativa aplicable; yendo más allá, ni siquiera las primas de vacaciones, grado, clima y escalafón, tenidas en cuenta en la resolución pensional, son factores comprensivos de IBL. Por las mismas razones, tampoco es ilegal la resolución que denegó el reajuste (Resolución No. 0955 del 09 de febrero del 2017).

Ahora bien, las horas extras sin constituyen factor salarial computable dentro del IBL, según como se vio supra, no obstante lo cual, en sentido contrario a lo decantado en la primera instancia, del documento visible a folio 27 ídem, es decir, el certificado de salarios emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, no se advierte que la accionante haya devengado horas extras en el ultimo año anterior a la adquisición del estatus pensional, luego tampoco deviene ilegal el acto de reconocimiento pensional por no incluir dicho factor.

Así pues, en el sub lite impera la revocación de la sentencia pues, de manera excepcional el tribunal puede hacerlo, dado que la decisión apelada desquicia el ordenamiento jurídico por la conclusión probatoria respecto a las horas extras.

Nuestro máximo órgano de cierre, avala dicha posición[11], basado incluso en doctrina constitucional, así:

> *"**Esta Corporación ha indicado que la non reformatio in pejus no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado**[12], lo que ha sido avalado recientemente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar que "al juez de segunda instancia le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en el recurso, **salvo contadas excepciones**"[13], valoración que se debe hacer caso a caso. De igual modo, se debe indicar que su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el apelante.*
>
> *No obstante, de manera excepcionalísima el ad quem cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no hayan sido objeto del recurso de apelación. Dicho de otra manera, un funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación."*

En virtud de las anteriores consideraciones, se REVOCARÁ la de la sentencia apelada, para en su lugar DENEGAR las suplicas de la demanda.

3.8. Condena en costas.

---

[11] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02281-01(AC).

[12] Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente Nº 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264)

[13] Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

> *"(…) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
>
> *Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
>
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
>
> *3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
>
> *4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
>
> *5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
>
> *6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
>
> *7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
>
> *8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
>
> *9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

Así las cosas, se condenara en costas en ambas instancias a la parte **demandante,** como quiera que, dada la revocatoria total que opera por este proveído, finalmente fue la que resultó vencida en el proceso, ordenando al juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del Acuerdo No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, **NIÉGANSE** las suplicas de la demanda.

TERCERO: Condenase en costas a la parte **demandante;** liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Ausente con permiso[14]
JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

[14] Resolución 051 del 9 de noviembre de 2020, por medio de la cual se concede permiso.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
fec7eed9ac06a7d04467a1c622f9bdb0065a6a4e253030cded51e32054b4977f
Documento generado en 23/11/2020 11:27:51 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica