

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2016-00078-01
Demandante	RAIMUNDO MORENO ROJAS
Demandado	NACION MIN. EDUCACIÓN - FOMAG
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 demandada contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Segundo 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 1216 del 6 de octubre de 2004 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la cual se reconoció el pago de una pensión de jubilación al señor RAIMUNDO MORENO ROJAS.

Como pretensión consecuencial 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 inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

El actor fue pensionado por al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución 1216 del 06 de octubre del 2004, por haber prestado sus servicios como docente nacionalizado durante más de 20 años.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

Para la liquidación de la citada pensión, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son: prima de navidad, prima de vacaciones, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de alimentación especial.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Citó como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336
- Ley 812 de 2003: artículo 81
- Ley 115 de 1994: artículo 115
- Ley 91 de 1989: artículos 16 y 102

Esboza que se viola el artículo 13 de la Constitución porque se está imprimiendo un trato discriminatorio dado que a los demás docentes efectivamente se les reconoció una pensión conforme a la ley.

Además sostiene que en la resolución demandada no se incluyeron los factores salariales devengados con aplicación indebida de la ley 812 del 2003 y el decreto 3752 de 2003.

Debe aplicarse el régimen pensional establecido para el magisterio, es decir, la ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 1 y 2, literal b.

1.4. La contestación.

Se opuso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a las súplicas de la demanda, según su dicho, porque el monto de la mesada pensional reconocida fue liquidado con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los docentes.

Asegura que los derechos pensionales de los docentes se encuentran debidamente satisfechos puesto que mediante el acto demandado se reconoció la pensión con base en lo dispuesto en la ley 33 de 1985, ley 238 de 1995, ley 812 de 2003 y decreto 3752 de 2003.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

3. Sentencia de primera instancia.

El fallo apelado accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dado que declaro la nulidad parcial del acto demandado, ordeno la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, pero decretó la prescripción de las diferencias causadas en la mesada pensional con anterioridad al 27 de abril del 2013.

Concluyó – para resolver el problema jurídico que se trazó – que el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación sobre el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, incluyendo todos los factores salariales devengados, por encontrarse vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a 31 de diciembre de 1989.

Consecuente con lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenó la reliquidación de la pensión del actor aplicando el régimen previsto en la ley 62 de 1985, y el criterio que para tal efecto ha señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto del 2010 de radicación 0112-09 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual, los factores salariales enlistados en la ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa, por lo tanto, cuando se trata de liquidar pensión de jubilación ordinaria o de derecho de los servidores públicos amparados por la mentada ley, deben tenerse en cuenta todos los factores percibidos durante el último año a la adquisición del status pensional, aunque ellos, o alguno de ellos, no estén señalados en la ley 62 de 1985.

Tuvo también en cuenta que la prima de clima no tiene carácter de factor salarial, según lo expuso el Consejo de Estado en el fallo del 30 de junio del 2011 de radicación interna 2031-09

En tal virtud ordenó que se incluyan los factores: PRIMA DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, PRIMA DE ESCALAFON, PRIMA DE NAVIDAD (DOCEAVA PARTE), PRIMA DE VACACIONES (DOCEAVA PARTE)Y PRIMA DE GRADO, con efectos fiscales a partir del 27 de abril del 2013, por prescripción trienal.

4. Recurso de apelación.

Como reparo concreto se endilga yerro a la sentencia porque no es viable – según dice – conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

13-001-33-33-012-2016-00078-01

pensión de jubilación al actor, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Al respecto citó el decreto 451 de 1984, decreto ley 1042 de 1978, ley 91 de 1989, ley 43 de 1975, ley 60 de 1993.

5. Concepto del ministerio público.

El Agente del Ministerio Público en esa oportunidad no emitió concepto.

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.

13-001-33-33-012-2016-00078-01

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 ququantum appellatum*”.

3.4. Problema jurídico.

Se contraerá a establecer si debe revocarse o no la sentencia apelada.

Para resolverlo se dilucidará si 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.

3.5. Tesis

Esta Sala de Decisión sustentará que la sentencia apelada de revocarse por cuanto, a la luz de la ley y la jurisprudencia de unificación aplicable al asunto, el actor no tiene derecho a que los factores salariales que discute conformen su IBL.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

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.

Comiéntase 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 párrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005¹, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003², 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.

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.

(...)"

² *Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"*



13-001-33-33-012-2016-00078-01

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 115³, 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 3° del artículo 6° de la ley 60 de 1993⁴, 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 1989⁵.

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

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 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))

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

13-001-33-33-012-2016-00078-01

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 vigentes⁶.

A su vez, el numeral 2º literal b)⁷ de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

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.

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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

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

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 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."

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



13-001-33-33-012-2016-00078-01

Ahora bien, la ley 33 en el párrafo 2º del artículo 1º 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 fallo⁸ 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:

“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.”

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”*.

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).

13-001-33-33-012-2016-00078-01

Se precisó, en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones” y se subrayó que “*los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación*”. **Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.**

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 **únicamente: 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

Descendiendo al *sub lite*, se tiene que conforme a las circunstancias fácticas probadas, el 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 certificado de historia laboral (véanse folios 27 a 28Cdn No. 1).

En efecto, se encuentra acreditado que el actor prestó sus servicios como docente nacionalizado vinculado desde 21 de agosto de 1981 (ídem) y adquirió el status de jubilado el 29 de abril de 2004, tal y como se observa de la resolución 1216 de 2004 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliado 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 al accionante es el contenido en la ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijado por la transición consagrada en tal normatividad.

Lo anterior por cuanto, a la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 (el 13 de febrero de 1985), el actor contaba con no más de **3 años, 5 meses y 13 días** de servicio, aproximadamente.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



Por lo anterior, se concluye que el demandante no reunía el requisito de los 15 años de servicio exigidos para estar cobijado por la transición prevista en la ley 33 de 1985, y en consecuencia, le resulta aplicable **íntegramente** el régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la ley 62 de 1985.

Así las cosas, la pensión de jubilación del actor debió liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985⁹, 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, debió, como en efecto se hizo, darse aplicación a lo previsto en el artículo 3¹⁰ de la mencionada ley

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) si 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.

13-001-33-33-012-2016-00078-01

(modificado por el artículo 1º 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 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, cuales 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 a lo certificado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 25 Cdo. 1), el actor durante el año anterior al **29 de abril de 2004**, fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, devengó además de la asignación básica, **prima de alimentación especial** (no aplica), **prima de clima** (no aplica), **prima de escalafón** (no aplica), **prima de navidad** (no aplica), **prima de vacaciones docentes** (no aplica) y **prima de grado** (no aplica), luego entonces fuerza colegir que el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación del demandante no deviene ilegal por no incluir estos últimos seis factores dado que los mismos no deben hacer parte del IBL pensional a la luz de la normativa aplicable.

13-001-33-33-012-2016-00078-01

En virtud de las anteriores consideraciones, lo que impera es la revocatoria de la de la sentencia apelada para en su lugar denegar las suplicas de la demanda.

3.8. Condena en costas.

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, nulación 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.

13-001-33-33-012-2016-00078-01

Así las cosas, se condenara en costas a la parte **demandante**, como quiera que, dada la revocatoria que opera por este proveído, finalmente fue la que resultó vencida en el proceso (entendiendo por tal ambas instancias), ordenando al juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del 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 súplicas de la demanda, dado que pervive la presunción de legalidad del acto.

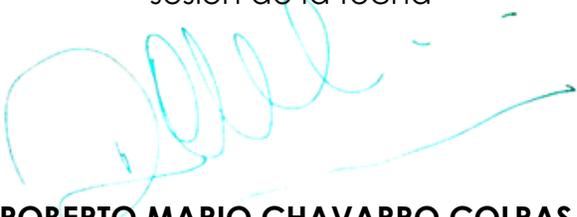
TERCERO: CONDÉNASE en costas a la parte **demandante**, liquídense en primera instancia, de conformidad con lo expuesto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

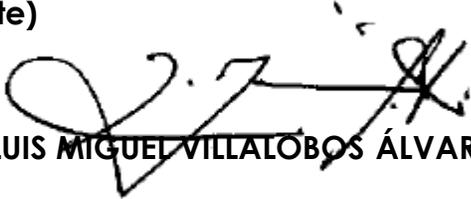
Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

(Ponente)


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

