

13001-33-33-007-2018-00279-01

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-007-2018-00279-01
DEMANDANTE	BERNUIL TAPIA ALVIS <u>andresuribe136@gmail.com</u>
DEMANDADO	MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG DISTRITO DE CARTAGENA
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	RELIQUIDACION PENSION DOCENTE

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante BERNUIL TAPIA ALVIS contra la sentencia de fecha ocho (08) de julio de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA²

3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- Que la señora BERNUIL TAPIA ALVIS, con cedula de ciudadanía No. 33.282.641, nació el 29 de junio de 1.960.
- Que por sus servicios prestados como Docente Municipal durante más de veinte (20) años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional del Departamento de Bolívar, le reconoció Pensión Vitalicia de Jubilación.

¹ Folios 113-118 cdr.1

² Folios 1-19 cdr.1

13001-33-33-007-2018-00279-01

- Que mediante Resolución N. 3553 del 01 de noviembre del 2.016 se le reconoció una la pensión de jubilación efectiva a partir del 30 de junio del 2.015, en cuantía de \$950.021.00.
- Tal pensión de jubilación es pagada por intermedio de Fiduprevisora S.A., entidad fiduciaria encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al contrato de fiducia suscrito el 21 de junio de 1990 con el Ministerio de Educación Nacional.
- Que para la liquidación de la pensión de jubilación, se tuvo en cuenta, la Asignación Básica Mensual, la prima de alimentación, auxilio de transporte y la prima de vacaciones, desconociendo los demás factores salariales como son, la Prima de Navidad, bonificación mensual y la prima de servicios.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad parcial del Acto Administrativo contenido en la Resolución 3553 del 01 de noviembre del 2.016 expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina del Departamento de Bolívar, por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a BERNUIL TAPIA ALVIS, con cedula de ciudadanía No 33.282.641.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Se declare que la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a BERNUIL TAPIA ALVIS una pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status.
- Que se inaplique por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 30, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.
- Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

13001-33-33-007-2018-00279-01

- Que se condene a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.
- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional del Departamento de Bolívar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011) y siguientes.
- Que se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011)

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: la Constitución Política, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003.

Que la resolución acusada es ilegal por infracción manifiesta de la Ley 91 de 1989, artículo 15, numerales 1º y 2º, literal b y violación al derecho a la igualdad.

A su vez, sostiene que en la resolución demandada no se incluyeron todos los factores salariales devengados por la parte demandante, con la indebida aplicación indebida de la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

Argumenta que se le debe reconocer la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales (incluida la Prima de Navidad, bonificación mensual y la prima de servicios), aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se pensionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de Julio de 2007.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.2.1. MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOGMA.

Se advierte que la entidad accionada no contestó la demanda.

13001-33-33-007-2018-00279-01

3.2.2. DISTRITO DE CARTAGENA.³

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la Ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por cuanto no le corresponde al Distrito de Cartagena participación alguna dentro del proceso, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva al ser vinculado al presente proceso de manera errónea.

Sostiene que los actos administrativos se encuentran acogidos por el principio de legalidad, y la parte demandante no acredita sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Alega que el Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo con los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. Buena fe.
2. Falta de legitimación en la causa por pasiva.
3. Inexistencia del derecho reclamado.
4. Expedición regular del acto cuya nulidad se impetra.
5. Excepción innominada.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia dictada en audiencia de fecha ocho (08) de julio de dos mil diecinueve (2019)⁴, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

³ Folio 73-81

⁴ **PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en la instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias respectivas."

13001-33-33-007-2018-00279-01

Manifestó el A-quo que, en el caso de marras se debía acoger el criterio establecido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, por lo que concluyó que al demandante no le asiste derecho a su pensión de jubilación sea reliquidada con los factores que solicita su inclusión, tales como, prima de alimentación especial y prima de servicios.

4.2. Recurso de Apelación.⁵

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque, y como consecuencia de ello, sean incluidos los factores salariales no tenidos en cuenta en la resolución de pensión y que fueron certificados por la Secretaría de Educación, al considerar que la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado y aplicada por el Juez de primera instancia, se tomó una decisión que lo único que hace es pasar por encima de los derechos, debido a que docentes en las mismas condiciones que la actora y que interpusieron demanda antes de agosto 28 de 2018, hoy disfrutan una pensión más justa y correcta.

De igual forma sostuvo que la nueva postura del Consejo de Estado es desigual y crea inseguridad jurídica, lo cual tajo una posición tomada en favor de los docentes hace más de 9 años, la cual no podía cambiar de una manera tan drástica, generando una serie de injusticias.

Respecto a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, aclaró que en dicha providencia se precisó que los criterios allí establecidos no son aplicables para el caso de los docentes.

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

Mediante auto del veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁶, se admitió el recurso de apelación y a través de auto del catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)⁷ se corrió traslado a las partes para alegar, en conclusión.

4.4. Alegaciones.

La parte demandante NO presentó alegatos de conclusión.

⁵ Folio 214 cdr.2

⁶ Folio 05 cdr.2

⁷ Folio 10 cdr.2

13001-33-33-007-2018-00279-01

La parte demandada MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG⁸ presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada Distrito de Cartagena⁹ presentó alegatos de conclusión.

4.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

⁸ Folios 14-15 cdr.2

⁹ Folios 17-19 cdr.2

13001-33-33-007-2018-00279-01

¿Se encuentra violado, dentro del presente asunto, el principio de la seguridad jurídica y el precedente judicial, al aplicarse la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado respecto de los factores salariales a tener en cuenta para el IBL de la pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

En caso de ser negativo el problema jurídico anterior, deberá resolverse el siguiente planteamiento:

¿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?

6.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, puesto que a la luz del Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 y la jurisprudencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado¹⁰, la parte demandante tiene derecho a que la bonificación mensual, que hizo parte de sus factores salariales conforme su IBL.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

6.4.1. Del precedente judicial.

La Honorable Corte Constitucional¹¹ ha definido el precedente judicial como la sentencia o el conjunto de sentencias que presentan similitudes en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y (iii) en las que en su *ratio decidendi* se fija una regla para resolver la controversia suscitada, que sirve igualmente para darle solución a los nuevos casos.

En ese orden, dicha Corporación mediante sentencia SU-354 de 2017, estableció que el precedente judicial se puede clasificar en dos categorías, como son: (i) el precedente horizontal, esto es, que las decisiones

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia de fecha 10 de junio de 2014. Expediente T-4.248.813. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13001-33-33-007-2018-00279-01

adoptadas han sido proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones emanadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar jurisprudencia.

Igualmente, resulta importante traer a colación que, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de sus respectivas jurisdicciones, así como la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución Política, tienen el deber de unificar jurisprudencia al interior de la jurisdicción ordinaria, contenciosa administrativa y constitucional, de tal manera que los pronunciamientos emitidos por dichos órganos se convierten en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

De otra parte, para que el Juez o Magistrado pueda apartarse del precedente establecido por el Tribunal de cierre, es necesario que se den tres condiciones, esto es, (i) que exista ausencia de identidad fáctica, de tal manera que impida aplicar el precedente al caso en concreto; (ii) que exista un desacuerdo en las interpretaciones normativas realizadas en el precedente; y (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.¹²

6.4.2. Del principio de la seguridad jurídica.

Mediante sentencia SU-072 de 2018, la Corte Constitucional estipuló que la seguridad jurídica implica que, en la interpretación y aplicación del derecho, es una condición necesaria para la realización de un orden justo, teniendo en cuenta que sólo a partir de esta garantía se podrá identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe y permite.

Así mismo, la Honorable Corte¹³ ha establecido que la seguridad jurídica es un principio que ostenta rango constitucional, el cual supone una garantía de certeza, y que no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa.

Igualmente, señala la Corte que debe existir seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto del cual se solicita la decisión, es decir, que dicha controversia debe resolverse con las normas que se encuentren vigentes al momento de configurarse dicha relación.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C – 621 de fecha 30 de septiembre de 2015. Expediente D-10609. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-250 de fecha 28 de marzo de 2012. Expedientes D-8590, D-8613 y D-8614. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

13001-33-33-007-2018-00279-01

Cabe señalar que, durante el término existente para adoptar una decisión dentro de un proceso, la autoridad judicial debe aplicar las normas que estén vigentes en ese tiempo.

6.4.3. Regulación de la pensión ordinaria de los docentes oficiales.

El régimen prestacional aplicable, actualmente 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 primero del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, 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 2003¹⁴, 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 115¹⁵, 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.

¹⁴ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"

¹⁵ 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.

13001-33-33-007-2018-00279-01

Por su parte, el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993¹⁶, 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 1989¹⁷.

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.¹⁸

* 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 otras clases 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.

(.••)"

¹⁷ 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, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

¹⁸ "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 de lo. 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."

13001-33-33-007-2018-00279-01

A su vez, el numeral segundo literal b)¹⁹ 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 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, es decir, 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 párrafo segundo de su 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 6 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.

6.4.4. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional.

El Consejo de Estado en lo que respecta a la liquidación pensional, en principio manifestó que los beneficiarios del régimen de transición pensional debían ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicio del empleado.

¹⁹ "Artículo 15. (...)

13001-33-33-007-2018-00279-01

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante sentencia de 25 de febrero de 2016²⁰, en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión en el régimen de transición.

Sin embargo, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante sentencia de Unificación 00143 del 28 de agosto de 2018²¹, se apartó de la línea jurisprudencial que hasta la fecha venía aplicando y se acogió a la posición adoptada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, manifestó que si bien el IBL hace parte del régimen de transición, este se aplicará de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 o, según lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y no en los términos consagrados en la normatividad anterior, fijando de ese modo, una nueva regla jurisprudencial frente al asunto en cuestión.

En ese orden de ideas, se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar según lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma.

Finalmente, el Consejo de Estado precisó que la anterior regla jurisprudencial no cobija a los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

6.4.5. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (Sentencia de unificación)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo²² 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, y sentó jurisprudencia frente a los factores a incluir para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo

²⁰ Expediente No. 2013-01541 (4683-2013)

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

13001-33-33-007-2018-00279-01

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Al respecto, fijó como regla jurisprudencial que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, se tendrán en cuenta sólo los factores salariales sobre los que se hayan hecho los respectivos **aportes** de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se podrá incluir ningún factor diferente a los establecidos en dicho 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*".

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.

6.5. CASO EN CONCRETO.

6.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Resolución N° 3553 del 01 de noviembre de 2016, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación por cuotas partes a la docente Bernuil Tapia Alvis. (Fl.20-22 Cdr.1)
- Certificado de la historia laboral de la docente Bernuil Tapia Alvis. (Fl.23-24 Cdr.1)
- Certificado de salarios la docente Bernuil Tapia Alvis desde 01 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2015. (Fl.25-26 Cdr.1)

13001-33-33-007-2018-00279-01

- Copia de la cédula de ciudadanía de la docente Bernuil Tapia Alvis. identificado con N° 33.282.641 (Fl.27 Cdr.1)

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

Descendiendo al asunto objeto de estudio, se observa que la parte demandante solicita en el recurso de apelación interpuesto que no se le de aplicación al precedente judicial establecido en las sentencias de fecha 25 de abril de 2019 y de 28 de agosto de 2018 al considerar que crean inseguridad jurídica y vulneran el derecho a la igualdad.

En ese orden, de cara al marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, se tiene que la Honorable Corte Constitucional ha establecido que si bien el principio de la seguridad jurídica tiene rango constitucional, no es menos cierto que al momento en que la autoridad judicial deba entrar a resolver una controversia suscitada dentro de un caso en concreto, se debe dar aplicación a la normatividad que se encuentre vigente dentro del término que se tenga para proferir la respectiva decisión.

De otra parte, en lo que respecta al precedente judicial, ha manifestado el Máximo Órgano Constitucional que tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado y la misma Corte Constitucional, al ser los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones, tienen el deber de unificar jurisprudencia sobre casos que tengan similitud fáctica y similitud en materia de problemas jurídicos, de tal manera, que lo resuelto tendrá fuerza vinculante para las autoridades judiciales que se encuentren en un nivel jerárquico inferior.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala evidencia que de conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto, no le asiste razón a la parte actora, comoquiera que con la aplicación de la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, el Juez de primera instancia no viola el principio de la seguridad jurídica, puesto que se ajusta y acata la posición adoptada por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que la misma tiene fuerza vinculante.

Ahora bien, la sentencia de Unificación 00143 de fecha 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, si bien unifica jurisprudencia respecto al ingreso base de liquidación para los trabajadores que se encuentran cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala igualmente de manera taxativa, que los

13001-33-33-007-2018-00279-01

docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estarán exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100, comoquiera que su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, de conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto, le asiste razón a la parte actora en lo concerniente a que los criterios allí establecidos no aplican para los docentes, toda vez que al encontrarse vinculados al FOMAG y al estar cobijados por un régimen especial, deben ajustarse a lo consagrado en la normativa establecida para ello, esto es, la Ley 91 de 1989.

Frente a la otra inconformidad, cabe precisar que el Consejo de Estado mediante reciente fallo de unificación²³, previó que en el caso de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores salariales que se tendrán en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, serán sólo aquellos sobre los cuales se hayan hecho aportes, conforme a lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Luego entonces, no le asiste la razón a la demandante al pretender que no se le dé aplicación a la Sentencia de Unificación de fecha 25 abril de 2019, proferida por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En ese orden, conforme a las circunstancias fácticas probadas, dentro del presente asunto, la Sala evidencia que la accionante se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, 01 de enero de 1980, según se corrobora en la Resolución No. 3553 del 01 de noviembre de 2016²⁴.

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente nacionalizada vinculada desde el 01 de enero de 1980, tal y como se observa en la Resolución No. 3553 del 01 de noviembre de 2016 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

²⁴ "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Bernuil Tapia" Folios 20-22 cdr.1

13001-33-33-007-2018-00279-01

De acuerdo con 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.

Por lo anterior, se concluye que la accionante no reunía el requisito de los 15 años de servicio exigido para estar cobijada por la transición prevista en la Ley 33 de 1985, y en consecuencia, le resulta aplicable el régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la Ley 62 de 1985 la cual dispuso respecto de la pensión de jubilación el "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, veamos si los factores reconocidos en el acto acusado corresponden a los que efectivamente la actora devengó según el certificado laboral y que se encuentra enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, según la siguiente ilustración;

FACTORES SALARIALES PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO²⁵	FACTORES RECONOCIDOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO	FACTORES ENLISTADOS EN LA LEY 62 DE 1985²⁶ PARA CALCULAR IBL
Sueldo básico	Sueldo básico	Sí
Bonificación mensual		No
Auxilio de transporte	Auxilio de transporte	No
Prima de navidad		No
Prima de servicios		No
Prima de vacaciones docentes	Prima de vacaciones	No
Subsidio de alimentación		No
	Prima de alimentación	No

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que los factores salariales que pretende la actora que sean incluidos en su IBL no se encuentra

²⁵ Folio 25-26 cdr.1

²⁶ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

13001-33-33-007-2018-00279-01

expresamente consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, estos son, la prima de navidad y prima de servicios, razón por la cual no es posible incluir dichos factores en el IBL de la demandante.

Ahora bien, conforme al certificado laboral aportado al proceso, se tiene que desde el 01 de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la accionante devengó el siguiente emolumento: bonificación mensual 01 de junio/14-31 de diciembre/15. Sin embargo, en la Resolución acusada no se tuvo en cuenta este factor mencionado.

Con relación a este aspecto, es menester señalar lo establecido en el Decreto 1566 de 2014 (Actualmente modificado por Decretos consiguientes):

"ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016."

A juicio de la Sala, la norma transcrita, además de establecer la bonificación mensual a favor de los docentes y directivos allí descritos, dispuso que tendría carácter salarial y se tiene en cuenta para todos los efectos legales, lo que en principio supone que se tendría en cuenta para efectos prestacionales y pensionales; y si alguna duda surgiera acerca de su integración al ingreso base de cotización, señaló que se tendría en cuenta para efectos de los aportes obligatorios de conformidad con las normas vigentes y entre dichos aportes se cuenta sin duda los destinados al sistema de seguridad social en pensiones.

Debe resaltarse en el presente caso que, si bien en principio el IBL a la demandante se debe conformar con los factores salariales previstos en la Ley 62/1985, ello no impide incluir otros factores salariales previstos en normas posteriores, siempre que ellas lo autoricen y dispongan efectuar los aportes correspondientes con destino al sistema de seguridad social en pensiones,

13001-33-33-007-2018-00279-01

como en efecto lo dispuso el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 respecto de la bonificación mensual.

Aunque en el presente caso no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensiones sobre la bonificación mensual, debió hacerlo por mandato legal; y por ello se dispondrá incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y reliquidar su pensión de jubilación y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes sobre dicho factor, se deberá descontar del valor de la condena la suma que correspondía a la docente con destino al FOMAG.

Finalmente, se percata la Sala que a la actora se le liquidó el quantum de la pensión teniendo en cuenta la asignación básica, y la prima de vacaciones, siendo que este último factor, tampoco se encuentra enlistado en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, sin embargo, esta Judicatura no puede desconocer la situación jurídica adquirida por el apelante único, que en este caso, corresponde a la parte demandante, por lo que se deberá aplicar el principio de la *no reformatio in pejus*, manteniendo el reconocimiento de los precitados factores en el IBL de la actora.

En ese orden de ideas, se revocará la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad parcial de la resolución N° 3553 del 01 de noviembre de 2016 expedida por Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar y así mismo, se ordenará reliquidar la pensión de jubilación teniendo en cuenta el factor correspondiente a la Bonificación mensual, por lo aquí expuesto.

6.5.3. LA PRESCRIPCIÓN.

El Consejo de Estado²⁷ ha dicho reiteradamente que las mesadas se encuentran sujetas a prescripción trienal (3 años) de los derechos laborales y el fenómeno de prescripción se interrumpe con la reclamación que realice el interesado ante la entidad.

De las pruebas que obran en el plenario se infiere que, la demandante adquirió el status pensional el **29 de junio de 2015** y realizó la petición de reconocimiento pensional el **03 de noviembre de 2016**, como se observa en la resolución demandada, es decir, no transcurrieron más de tres años para que se configurara el fenómeno prescriptivo, razón por la cual se expide la Resolución N° 3553 del 01 de noviembre de 2016 expedido por la Secretaría

²⁷ Sentencia No. 00718 del 02 de febrero de 2017. Radicado: 150012333000201300718 01 (1218-2015). C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

13001-33-33-007-2018-00279-01

de Educación del Departamento de Bolívar; y la demanda se presentó a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el día 27 de noviembre de 2018²⁸, lo que indica que estuvo dentro del término de 3 años con el que contaba la demandante, razón por la cual no habrá lugar a declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas.

6.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, como quiera que el recurso de apelación prosperó parcialmente.

VII. LA 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: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha ocho (08) de julio de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído, y en su lugar determínese lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No N° 3553 del 01 de noviembre de 2016, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que proceda a liquidar la pensión de jubilación de la señora Bernuil Tapia Alvis a partir del 30 de junio de 2015, fecha a partir de la cual la demandante entró a gozar su pensión, con la inclusión de la bonificación mensual que fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada."

TERCERO: Se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia, a partir del 30 de junio de 2015, ya que no hay lugar a prescripción.

CUARTO: La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá descontar de las sumas derivadas del numeral tercero de esta sentencia, los aportes correspondientes al factor salarial cuya inclusión se ordena, siempre y cuando sobre estos no se hubieren practicado el descuento legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del

²⁸ Acta de Reparto -FI.50 cdr.1



13001-33-33-007-2018-00279-01

demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: *Las sumas que resulten a favor de la demandante y los aportes que deberán deducirse se ajustaran en la forma expresada en esta sentencia.*

SEXTO: *Negar las demás pretensiones, de conformidad a lo expuesto en esta providencia.*

SEPTIMO: *La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista por el artículo 192 del CPACA."*

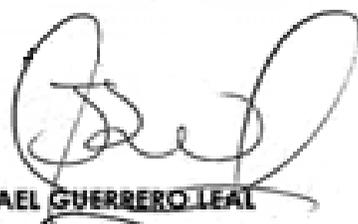
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

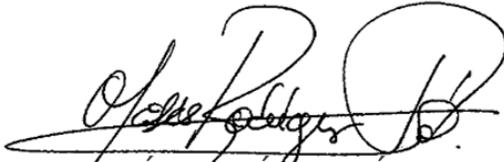
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-33-007-2018-00279-01.