

Cartagena de Indias D. T. y C, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-011-2018-00128-01
Demandante	Zoraida Miranda Nassi
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Vinculado: Distrito de Cartagena de Indias
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación pensión docente

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (Fls 1-4)

a). Pretensiones:

La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6621 del 26 de septiembre de 2013, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado(a).

2. Declarar que mi representado(a) tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (...) por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 21 de septiembre de 2012, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionad (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

*A título de restablecimiento del derecho (...)
(...) a que reconozca a mi mandante una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 21 de septiembre de 2012 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante*

los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mí representado.

(...) a que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

(...) a que realice efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del (la) pensionado(a). Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

(...) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

(...) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...) Condenar en costas..."

b. Hechos

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

Prestó sus servicios como docente durante más de 20 años, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 6621 del 26 de septiembre de 2013.

Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual y prima de vacaciones, omitiendo la prima de navidad y demás factores salariales percibidos por la actividad de docente desarrollada durante el último año de servicios.

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 15 de la Ley 91/89; 1° de la Ley 33/85; la Ley 62/85 y el Decreto 1045/78.

El artículo 81 de la Ley 812/03 y la Ley 1151/07, relacionadas con el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, definen las pautas que deben ser tenidas en cuenta para determinar el régimen prestacional aplicable a los docentes, tomando como referencia la fecha

en la cual fue vinculado al servicio educativo estatal; es decir, si su vinculación fue anterior a la 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 esta fecha, pero, si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, se rigen por la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto, el régimen que debe observarse es el establecido en la Ley 91 de 1989 y normas concordantes.

El artículo 1º de la Ley 33/85 establece que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, sin señalar de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional.

3.2. Contestación de la demanda. (fls 82-94)

La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que los actos acusados gozan de presunción de legalidad.

Sostuvo que no es viable que se reajuste la pensión de vejez de la parte demandante con la inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el último año de servicios.

La liquidación de la pensión contenida en las Resoluciones objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, *"por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."*, cuyo artículo primero dispone que: *"el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

La resolución que reconoció la pensión de la parte demandante fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003, el cual establece que *"la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente"*.

Desde la expedición de la Ley 6/45 se han establecido los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4 de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

Los factores salariales para pensión quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante, la Ley 33 de 1985 determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Los docentes tienen la calidad de servidores públicos y no están cobijados por el régimen especial de pensiones, como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha establecido que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985.

El artículo 3 de la Ley 33/85 fue modificado por la Ley 62/85, la cual estableció los factores que se deben tener en cuenta en la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuales deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso, las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquéllos y el régimen de la entidad territorial para éstos.

El artículo 15 de la citada ley establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan en el futuro.

Ley 812 de 2003, o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, y condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales, a partir de la fecha de su entrada en vigencia, cotiza el educador al FNPSM.

Dicha ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al FOMAG es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 establece en su artículo 3 que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente; y que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002; es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

Para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

3.3. Sentencia apelada (fs. 155- 166).

El A-quo negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión se apoyó en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, en la cual se estableció que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como es su caso, es el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, por lo cual se le debían aplicar a la demandante las disposiciones contenidas en las leyes 33 y 62 de 1985.

De acuerdo con la misma sentencia de unificación, los factores salariales que deben integrar la base de liquidación pensional son los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62/85, sobre los cuales se hayan hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

En la Resolución demandada consta que se liquidó la pensión con base en el salario básico y prima de vacaciones.

En el certificado de salarios allegado al proceso (f.20), consta que durante 2011 y 2012 la demandante devengó, además de los factos reconocidos en el acto acusado, la prima de navidad.

No obstante, la demandante no probó que se hubieran excluido de su base de liquidación factores sobre los cuales hizo aportes a pensiones.

La demandante no tiene derecho a la inclusión en la base de liquidación de la prima de navidad devengada durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, porque dicho factor salarial no se encuentra enlistado en la Ley 62/85 y no se demostró que se hubiera cotizado a seguridad social con base en él.

3.4. Recurso de apelación. (fs.169- 178)

El apelante afirmó que la providencia apelada se funda en la sentencia unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, la cual no puede ser aplicada al presente asunto, porque cuando se presentó la demanda la jurisprudencia vigente era la contenida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, radicado número 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Al desconocer dicha sentencia, el Juez A quo desconoce los derechos que la misma otorgó y vulnera los principios de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Más que estudiar si al demandado le asiste o no el derecho de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, se debe analizar cuál jurisprudencia aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la demanda estaba claro que era la de 2010 y así lo reconocían en sus fallos tanto los juzgados como en tribunal, lo cual generaba una confianza legítima, máxime cuando la sentencia del año 2019 no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010, con base en la cual se insiste en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales que devengó al año anterior de adquirir el status de pensionado.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto del 01 de septiembre de 2020 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 184), y mediante providencia de 02 de diciembre de 2020 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 192).

Las partes no alegaron de conclusión y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para decidir el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juez A quo, por virtud del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si tal como lo afirma la demandante hay una violación del derecho a la igualdad y de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, al aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019 y no la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

Así mismo, debe la Sala establecer si la demandante, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala estima que la jurisprudencia aplicable al asunto bajo estudio es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, toda vez que, de acuerdo con la misma sentencia, constituye un precedente obligatorio para los casos pendientes de decidirse.

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

5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

De la pensión de jubilación docente.

El Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras, había mantenido el criterio de que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tenían el carácter enunciativo y no taxativo, y que todos aquéllos emolumentos que tuvieran materialmente los atributos del salario debían ser reconocidos como tales, aunque la ley no lo hiciera expresamente, por respeto al principio de primacía de la realidad sobre las formas y progresividad, al tiempo que debían tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional, con independencia de que se hubiera cotizado sobre los mismos, pues en caso negativo bastaba con ordenar que del valor de la condena se hicieran los descuentos con destino a la entidad de previsión correspondiente.

Mediante sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, dentro del proceso seguido por Abadía Reinel Toloza contra el FOMAG, dentro del radicado No. 680012333000201500569-01, unificó criterios respecto del régimen prestacional y pensional de los docentes, así:

i. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

1. El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

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

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

I. (...)

11. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados¹, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985².

12. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

13. El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

14. Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

15. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"³.

¹ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

² "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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

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

16. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

17. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

(...) 27. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

28. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

29. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, 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.

30. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

31. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de

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".

1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE"*. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

32. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

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

33. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁴. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

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

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

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

⁴ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985		• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años		✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%⁵</u> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados

⁵ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)		▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

ii.
Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

36. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

37. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:
- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

La Sala prohíja los criterios expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda, citados previamente, y con base en ellos modificará el criterio que venía adoptando en torno a los factores salariales que debían tenerse en cuenta para liquidar la pensión de los docentes, conforme al cual debían incluirse todos los devengados; y estima que en el presente caso deben tenerse en cuenta únicamente los factores sobre los cuales se hubieran hecho cotizaciones a la seguridad social, entre otras cosas porque

se trata de una regla que estaba prevista de manera explícita en el artículo 3º de 1985, modificado por la Ley 62/85, de acuerdo con el cual "**En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.**"

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución No. 6621 de 26 de septiembre de 2013 por medio de la cual la accionada reconoció la pensión de jubilación de la docente demandante, teniendo en cuenta para liquidarla el sueldo básico y la prima de vacaciones (f. 16-18)
- Copia del formato único para la expedición de certificado salarios, proferido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, donde consta que la demandante, entre el 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, devengó asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones (f. 20).
- Copia del formato único para la expedición de certificados de historia laboral, proferido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, donde consta que la demandante se vinculó al servicio oficial docente, el 18 de mayo de 1994; es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

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

La apelante afirma, en resumen, que la aplicación de la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 a su caso se viola su derecho a la igualdad y los principios de confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, pues al presentar su demanda estaba vigente la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 agosto de 2010, que debió aplicarse para decidir sus pretensiones, porque era la vigente cuando se presentó la demanda en 2017 y autorizaba incluir en el IBL todos los factores salariales devengados en aplicación del artículo 1º de la Ley 62/85.

Advierte la Sala que, cuando se presentó la demanda en el año 2018 el Consejo de Estado no tenía un criterio unificado respecto de los factores que debían tenerse en cuenta a efectos de liquidar las pensiones de los docentes, aunque para decidir discusiones al respecto se apoyaba en algunos casos, entre otras sentencias, en la de 4 de agosto de 2010 citada por el apelante, que había unificado criterios en cuanto al carácter salarial de todos los ingresos percibidos por los servidores públicos que retribuyeran el trabajo y fueran percibidos de manera habitual y periódica, y señalaba que los factores enlistados en la Ley 62

de 1985 tenían el carácter enunciativo y no taxativo, por lo que todos aquéllos emolumentos que tuvieran materialmente los atributos del salario debían ser reconocidos como tales, aunque la ley no lo hiciera expresamente; todo lo anterior en aplicación de los principios de primacía de la realidad sobre las formas y progresividad.

No obstante, la Corte Constitucional, en la época de presentación de la demanda había proferido sentencias en las que se apartaba del criterio anterior y consideraba en aplicación de distintas reglas y principios constitucionales y legales, entre ellos el principio de sostenibilidad fiscal elevado a canon constitucional en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que en materia de integración del ingreso base de liquidación solo debían tenerse en cuenta los factores sobre los cuales se hubieran hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones (C-258/13, T-078/14, SU-230/15, T-615/16, SU-2010 de 2017, SU-405/16 y otras).

El Consejo de Estado, así como los tribunales y juzgados de esta jurisdicción sostuvieron en muchos casos, en la misma época, el criterio adoptado en la sentencia de 4 de agosto de 2010 y en otros, el prolijado por la Corte Constitucional, reseñado previamente.

Ello condujo precisamente a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferiera, inicialmente la sentencia de 28 de agosto de 2018 que unificó criterios sobre el modo en que debía interpretarse el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre el régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicho estatuto, en el que se estableció que el IBL debía incluir únicamente los factores salariales previstos en la ley y sobre los cuales se hubiera cotizado a seguridad social.

Como los docentes se encontraban excluidos del régimen general de pensiones establecido en la Ley 100/93, la Sección Segunda, mediante sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, donde unificó el criterio respecto del cuáles factores salariales que debían tenerse en cuenta a efectos de liquidar las pensiones de los docentes y en particular sobre la forma de calcular el IBL con los factores sobre los cuales se hubiera cotizado. En relación con aplicación obligatoria de dicho precedente, señaló en su numeral 2º lo siguiente:

“Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

Luego, es claro para esta Sala que, contrario a lo manifestado por la apelante, no había en la época de presentación de la demanda un criterio unificado al que sujetarse en materia de liquidación de IBL de pensiones del personal docente oficial y que por el contrario existía en el momento de fallar el proceso, la Juez A quo aplicó la sentencia de unificación que constituye precedente vertical vinculante.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, al resolver una acción de tutela dentro del proceso radicado 2016-00038-01, expresó en torno a la confianza legítima los siguientes argumentos, que la Sala acoge para desvirtuar las acusaciones sobre su presunta vulneración en este proceso:

*“La confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas - trátase de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales - (...) Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias. Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida. En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima. Sin embargo, debe precisarse que, si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho, lo cierto es que debe hacerlo con *sindéresis* y con cuidado de no afectar derechos fundamentales.”*

Resalta la Sala, por otra parte que la Corte Constitucional, entre otras sentencias en la C-284-2015, ha señalado que para garantizar la seguridad jurídica en la actividad judicial, buena fe, coherencia, igualdad y confianza, se apoya varios en instrumentos: *“en primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la “ley” lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la “ley”. En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley —tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887- establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos*

judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad. En quinto lugar, algunos estatutos como la Ley 1437 de 2011 incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (ads. 10 y 102)."

Tal como señala la Corte en la sentencia comentada la aplicación de la sentencia de unificación aplicada por el Juez A quo y por este Tribunal, en lugar de vulnerar los derechos y principios señalados por el apelante, constituye un medio idóneo para su realización.

- Pues bien, de acuerdo con las normas señaladas y la jurisprudencia examinada previamente, solo debe incluirse en el IBL los factores establecidos en el artículo 1º de la Ley 62/85, sobre los que se hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social.

La Sala advierte que en la Resolución No. 6621 de 26 de septiembre de 2013, que reconoció la pensión de jubilación a la docente demandante, incluyó dentro del ingreso base de cotización la asignación básica y la prima de vacaciones.

Aunque la Resolución demandada incluyó en el IBL la prima vacacional que no está incluida en la Ley 62/85 como factor salarial susceptible de incluirse en el IBL; la Sala se abstendrá de enjuiciar la legalidad de ese aparte del acto acusado, porque no fue objeto de la demanda de nulidad y no hace parte del marco de la litis.

Y es evidente que no procede reconocer la prima de navidad como elemento integrados de la base de liquidación, como pretende la demandante, porque se trata de un factor que de acuerdo con la Ley 62/85 no hace parte de la base de cotización y no se probó que sobre la misma se hubieran efectuado cotizaciones al sistema pensional, como concluyó el juzgado de primera instancia.

Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

5.6. Condena en costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se

condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el presente caso el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue resuelto desfavorablemente; no obstante, la Sala no le impondrá condena en costas, pues resultaría inequitativo si se tiene en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

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

VI. FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. - Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ
CON ACLARACIÓN DE VOTO



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ