



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

### **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.**

|                           |                                                                     |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------|
| <b>Medio de control</b>   | Nulidad y restablecimiento del derecho                              |
| <b>Radicado</b>           | 13001-33-33-012-2018-00060-01                                       |
| <b>Demandante</b>         | Ariel José Herrera Tapia                                            |
| <b>Demandado</b>          | Nación - Ministerio de Educación –FOMAG-<br>Departamento de Bolívar |
| <b>Magistrado Ponente</b> | Edgar Alexi Vásquez Contreras                                       |
| <b>Tema</b>               | 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 fecha 30 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

### **III.- ANTECEDENTES**

#### **3.1. La demanda (fs. 1 - 12).**

##### **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. 1925 del 8 de febrero de 2005, por medio de la cual se reconoció al demandante la sustitución de una pensión post mortem 20 años 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 anterior al fallecimiento.*
2. *Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – (...), le reconozca una pensión sustitución post mortem 20 años, a partir del 25 de septiembre de 2004 equivalente al 75% del promedio de los salarios,*



sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año anterior al fallecimiento de la señora Alicia Judith Castellar Costa (q.e.p.d.), que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho:

1. (...) le reconozca y pague una pensión post mortem 20 años, a partir del 25 de septiembre de 2004 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año anterior al fallecimiento de la señora Alicia Judith Castellar Costa (q.e.p.d.), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
2. ...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 y la Ley.
3. ...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.
4. ...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.
5. ...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.
6. ...Condenar en costas..."

#### **b. Hechos**

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

Es cónyuge supérstite de la docente Alicia Judith Castellar Costa, quien laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y falleció antes de cumplir la edad requerida para tener derecho a la pensión ordinaria de jubilación.

A la fecha de su fallecimiento la causante se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por haber laborado más de 20 años la entidad accionada mediante Resolución No. 1925 del 8 de febrero de 2005, reconoció y ordenó el pago de una pensión post mortem.



Para liquidar la pensión solo se tuvo en cuenta la asignación básica, omitiendo tener en cuenta las primas de navidad, prima de vacaciones, de alimentación, de clima, de escalafón, de grado y demás factores salariales percibidos por la docente durante el último año de servicio.

### **c. Normas violadas y concepto de violación**

La parte demandante consideró vulnerados los artículos 15 de la Ley 91/89; 1º de la Ley 33/85; la Ley 62/85.

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y la Ley 1151 de 2007, 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, estos docentes estarán bajo el régimen pensional regulado 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 las demás normas aplicables hasta este momento.

El artículo 1º de la Ley 33/85 señala que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55, 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 servicio.

Ley 33 de 1985, no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, sino que, de manera general, expresa que la pensión mensual vitalicia de jubilación se pagará sobre el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

### **3.2. Contestación de la demanda**

**La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (fs.104-116)**, contestó la demanda de manera extemporánea.



El **Departamento de Bolívar (fs. 94-98)** propuso, entre otras las excepciones, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual fue declarada probada por el A-quo y no fue materia de recurso alguno, por lo que este Tribunal se abstendrá de exponer los argumentos de defensa de esta entidad.

### **3.3. Sentencia apelada (fs. 244 - 252).**

El A-quo, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2019, denegó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión, adujo, en resumen, que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de abril de 2019, dentro del proceso radicado con el No. 680012333000201500569-01(0935-2017), señaló que de acuerdo con el parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01/05, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812/03, los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812/03, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los 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 al artículo 1º de la Ley 62/85. Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En la liquidación de la pensión post-mortem, se incluyó el sueldo básico que devengó en vida la señora Alicia Judith Castellar Costa.

Si bien es cierto la señora Alicia Judith Castellar Costa ingresó al servicio docente desde el 28 de febrero de 1975; es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812/03, y que durante el año anterior al fallecimiento no solo devengó sueldo básico sino también la prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones, lo cierto es que no pueden ser tenidos en cuenta como ingreso base de liquidación post mortem, porque no se encuentran enlistados en la Ley 62/85.

### **3.4. Recurso de apelación (fs. 255 - 265).**

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia alegando, en resumen, lo siguiente:

El A-quo, para decidir de fondo el asunto, tuvo en cuenta la sentencia de unificación SUJ 014CES22019 del 25 de abril de 2019 proferida por el del Consejo de Estado, que indica que solo puede incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión aquellos factores salariales sobre los cuales los docentes hayan realizado aportes o cotización pueden y estén enlistado en la Ley 62/85.



Esta nueva postura le otorga un trato desigual y crea inseguridad jurídica, pues existía una línea jurisprudencia unificada en favor de los docentes, por lo que, al decidirse en segunda instancia este asunto, se debe tener en cuenta la jurisprudencia vigente a la fecha de presentación de la demanda, esto es, la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 dentro del radicado número 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), según la cual se debe incluir en la base de liquidación de la pensión todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Por otra parte, señaló que no es procedente la condena en costas en el presente caso, porque no aparecen gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse de un asunto de puro derecho y tampoco aparece probada la temeridad o mala fe.

Adujo que el artículo 188 del CPACA no estableció la obligación de imponer condena en costas y agencias en derecho; solo estableció la obligación de efectuar pronunciarse sobre ellas.

### **3.5. Trámite de segunda instancia.**

Mediante auto del 1º de septiembre de 2020 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 272) y mediante providencia de 2 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. 285).

**Ni la parte demandada ni demandante** presentaron alegatos de conclusión.

**El Agente del Ministerio Público** no presentó 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 conocerán en segunda instancia de las apelaciones de 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 el 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.

Así mismo, debe la Sala establecer si el demandante, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, tiene derecho a la reliquidación de su pensión post mortem, sobre el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios de la docente fallecida Alicia Judith Castellar Costa.

## **5.3. Tesis de la Sala.**

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

Por otro lado, la docente Alicia Judith Castellar Costa (q.e.p.d) 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, tal como lo expuso el Consejo de Estado en la sentencia de unificación referida.

## **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 aquellos 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:

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

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

I. (...)

11. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>1</sup>, y para aquellos que se nombren

<sup>1</sup> 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.



a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985<sup>2</sup>.

12. De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".
13. El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.
14. Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.
15. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"<sup>3</sup>.
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 1° de la Ley 62 de 1985.
17. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

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

<sup>3</sup> LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

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





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

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

33. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años<sup>4</sup>. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.
34. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.
35. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

| RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL                                                                                             |                                                                                                                                                                                           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                           |
| Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985                                                                                                                | Régimen pensional de prima media                                                                                                                                                          |
| Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. | Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.                                                                                                    |
| Normativa aplicable                                                                                                                                                            | Normativa aplicable                                                                                                                                                                       |
| <ul style="list-style-type: none"><li>• Literal B, numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989</li><li>• Ley 33 de 1985</li><li>• Ley 62 de 1985</li></ul>                 | <ul style="list-style-type: none"><li>• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003</li><li>• Ley 100 de 1993</li><li>• Ley 797 de 2003</li><li>• Decreto 1158 de 1994</li></ul>                    |
| Requisitos                                                                                                                                                                     | Requisitos                                                                                                                                                                                |
| <ul style="list-style-type: none"><li>✓ Edad: <b>55 años</b> (H/M)</li><li>✓ Tiempo de servicios: 20 años</li></ul>                                                            | <ul style="list-style-type: none"><li>✓ Edad: <b>57 años</b> (H/M)</li><li>✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003</li></ul> |

<sup>4</sup> 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.



| Tasa de remplazo - Monto                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Tasa de remplazo - Monto                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>75%</b>                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <b>65% - 85%<sup>5</sup></b><br>(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                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| <b>Último año de servicio docente</b><br><br><b>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</b> | <ul style="list-style-type: none"><li>▪ asignación básica</li><li>▪ gastos de representación</li><li>▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación</li><li>▪ dominicales y feriados</li><li>▪ horas extras</li><li>▪ bonificación por servicios prestados</li><li>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio</li></ul> <b>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</b> | El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los <b>10 años</b> anteriores al reconocimiento de la pensión<br><br><b>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</b> | <ul style="list-style-type: none"><li>▪ asignación básica mensual</li><li>▪ gastos de representación</li><li>▪ prima técnica, cuando sea factor de salario</li><li>▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</li><li>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo</li><li>▪ bonificación por servicios prestados</li><li>▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna</li></ul><br><b>(Decreto 1158 de 1994)</b> |
|                                                                                                                                                    | 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:

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



- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

La Sala prohija los criterios anteriores 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 3° 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. 1925 de 8 de septiembre de 2005, por medio de la cual se le reconoce una pensión post mortem al demandante por causada por el fallecimiento de la docente Alicia Judith Castellar Costa y la liquida con el 75% del promedio del sueldo básico percibido durante el último año de servicios (fs. 16 - 22).
- Copia de la certificación expedida el 8 de abril de 2019 por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, donde consta que la docente fallecida se vinculó al servicio oficial docente, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 (fs. 19).
- Copia de la certificación expedida el 8 de abril de 2019 por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, donde consta que la docente fallecida entre el 1° de enero de 2004 a 30 de septiembre de 2004, devengó prima de

296



alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y el sueldo básico (fs. 19 y 186).

- Copia de la certificación expedida el 8 de abril de 2019 por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, donde consta que la docente fallecida devengó, entre el 1º de enero de 2003 a 31 de diciembre de 2003, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de vacaciones y el sueldo básico (fs. 21 y 187).

#### **Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

El apelante afirma, en resumen, que la aplicación de la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 a su caso 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 2018 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 retribuyen 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 sólo 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 prohiado por la Corte Constitucional, reseñado previamente.

Ello condujo precisamente a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió, 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 de 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, sí existía en el momento de fallar el proceso, y estaba contenido en la sentencia de unificación que la Juez A quo aplicó, el cual constituye precedente vertical vinculante.

Para desestimar el argumento utilizado por el apelante para demostrar que el fallo impugnado habría violado su derecho a la igualdad y confianza legítima, la Sala se apoya en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección



Cuarta, al resolver una acción de tutela dentro del proceso radicado 2016-00038-01, en la cual señaló lo siguiente:

*"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.

- De acuerdo con las normas señaladas y la jurisprudencia examinada previamente, sólo 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. 1925 de 8 de febrero de 2005, que reconoció la pensión de post mortem al señor Ariel José Herrera Tapia, incluye dentro del ingreso base de cotización el factor sueldo básico devengado en el último año de servicio de la causante.

La causante en el año anterior a su fallecimiento devengó, además de la asignación básica, la prima de alimentación, prima de escalafón, prima de clima, prima de grado. No obstante, estos factores no se encuentran enlistando en el artículo 1º de la Ley 62/85, y por ello no pueden ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación de la pensión otorgada al demandante, como lo afirmó el Juez A – quo, por lo cual 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.

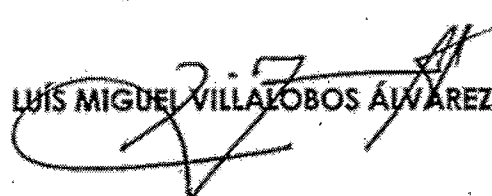
**CUARTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE  
Los Magistrados

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ

Con aclaración de voto

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

