



243

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	13001-33-33-012-2018-00096-01
Demandante	Candelaria Morales Pérez
Demandado	Nación - Ministerio de Educación -FOMAG
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 fecha 18 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 - 13).

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. 6150 del 17 de septiembre de 2014 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 (...) le reconozca y una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 11/02/2014, 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 pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.*

A título de restablecimiento del derecho solicito que se condene a la accionada





1. ...a que reconozca y a mi mandante una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 27 de enero de 2016 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.
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 de Colombia 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 3º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
6. ...Condenar en costas..."

b. Hechos

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

Prestó sus servicios como docente oficial 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. 6150 del 17 de septiembre de 2014.

Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, omitiendo la prima de navidad, horas extras y demás factores salariales percibidos durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.



c. Normas violadas y concepto de violación

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

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 FOMAG, 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 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 veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, sin señalar de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional.

3.2. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación - FOMAG, contestó de manera extemporánea la demanda (fs. 123 - 134).

- **El Distrito de Cartagena (fs. 191 - 99)**, 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. 194 - 203).

El A-quo, mediante sentencia de 18 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 párrafo 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.

La demandante ingresó al servicio docente desde el 11 de febrero de 1994, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812/03 y, durante el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionada devengó, aparte del sueldo básico y la prima de vacaciones docentes (tenidos en cuenta para liquidar su pensión), la prima de servicios y prima de navidad, pero dichos factores, no se encuentra enlistado dentro de la Ley 62/85, y por ello no se puede ordenar su inclusión en la liquidación de la pensión.

3.4. Recurso de apelación (fs. 206 - 215).

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 es 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, es decir 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.

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. 222) 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. 235).

La **FIDUPREVISORA** adujo que los docentes que estuvieran vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812/03 se les debe aplicar las disposiciones



contenidas en la Ley 91/89, el artículo 1º de la Ley 33/85, y los Decretos Nos. 1840/69 y 1045/72, y a quienes se vincularan con posterioridad a dicha ley se les aplica la Ley 100/93.

El Consejo de Estado, mediante sentencias de unificación de 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, adujo que a las pensiones reconocidas al amparo de la Ley 33/85, solo se les debe incluir en el ingreso base liquidación los factores enlistado en la Ley 62/85.

La parte demandante no alegó 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 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 la parte demandante tiene derecho a que en aplicación de la ley 62/85 se reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Deberá además establecer si se viola el derecho de la demandante a la igualdad y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al aplicar en su caso 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 de la Sección Segunda de la misma Corporación.



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 en los procesos 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 de 25 de abril de 2019.

No obstante, quedó demostrado que la demandante devengó, entre otros factores las horas extras, y si bien, no existe prueba de que se hubieran hecho aportes a pensiones con base en ellos, lo cierto es que el artículo 1º de la Ley 62/85, la incluyó como factor salarial para liquidar la pensión, y por ello, se deberá ordenar su inclusión en el IBL para efectos de la reliquidación reclamada, y que se hagan los descuentos de ley, en caso de no haberse realizado cotizaciones sobre el mismo.

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 tal, 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

246



Tolosa 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 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

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".





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.
 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:

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 realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".



- En 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 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.
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 1° 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° 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 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	
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

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.

248



<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	
Período	Factores	Período	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° 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 descanso obligatorio (Artículo 1° de la Ley 62 de 1985) De acuerdo con el artículo 8° 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.	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 ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)

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

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





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. 6150 17 de septiembre de 2014, 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 (fs. 16 - 17).

- Copia del formato único para la expedición de certificado salarios, proferido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, donde consta que la demandante, entre el 1º de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2014, devengó asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones Docentes y horas extras (fs. 19 -20).



- Copia del formato único por la expedición de certificados de historia laboral, proferido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, donde consta que la demandante se vinculó al servicio oficial docente el 11 de febrero de 1994; es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 (fs. 20 - 21).

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 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 prohijado por la Corte Constitucional, reseñado previamente.

Ello condujo precisamente a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profiriera, 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 sentencia de unificación que constituye precedente vertical vinculante, el cual aplicó la Juez A quo.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, al resolver una acción de tutela dentro del proceso radicado 2016-00038-01, señaló:

"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.

- La aplicación de los criterios jurisprudenciales adoptados por la Sala en la sentencia de 25 de abril de 2019, permiten, no obstante, reconocer que el



demandante tiene derecho a que se incluya en su ingreso base de liquidación las horas extras.

Lo anterior porque la demandante, como se probó en el proceso y no es materia de discusión en segunda instancia, fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y su pensión se rige por lo dispuesto en la Ley 91/89, en concordancia con las Leyes 33/85 y 62/85, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, el ingreso base de liquidación – IBL – y la tasa de reemplazo.

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. 6150 de 17 de septiembre de 2014, que reconoció la pensión de jubilación a la docente demandante no incluyó dentro del ingreso base de cotización las horas extras, devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Como quedó demostrado que la demandante, durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, devengó, horas extras (fs. 19), se deberá ordenar su inclusión en el ingreso base de liquidación de la pensión, porque si bien no existe prueba que sobre dicho factor se hubieran efectuado los respectivos descuentos, lo cierto es que el artículo 1º de la Ley 62/85, lo incluyó como factor salarial para liquidar la pensión, y por ello, se deberá ordenar la reliquidación de la pensión con su inclusión en el IBL y efectuar los descuentos señalados en el párrafo anterior.

Por lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia apelada, y se accederá parcialmente a las pretensiones de la demandante, en el sentido de declarar la nulidad parcial del acto acusado, y se dispondrá la reliquidación pensional con la inclusión de las horas extras.

La pretensión de que se disponga la reliquidación de la pensión con la inclusión de otros factores distintos a los anteriores en el IBL se denegará, porque no se demostró que se hubiera excluido algún otro de los previstos en la Ley 62/85 como ingreso base de liquidación.

- Prescripción.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3)



252

años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

En el caso de la pensión, no prescribe el derecho a su reconocimiento y pago, pero sí el de las mesadas.

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes; de modo que, si no demandan judicialmente dentro de ese periodo, se extinguen definitivamente. Ello, sin perjuicio de que posteriormente el interesado pueda reclamar y suspender la prescripción de las mesadas que se causen con posterioridad a la primera reclamación, respecto de las cuales opera la prescripción en los mismos términos.

En el sub-lite se estableció que la demandante adquirió su estatus de pensionada el 10 de febrero de 2014 (f. 16), y la demanda fue presentada el 24 de abril de 2018 (f. 1); es decir, con posterioridad a los tres años a la adquisición de estatus de pensionada, por lo que se debe tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda para contabilizar la prescripción de las mesadas pensionales, es decir, se prescribieron aquellas causadas con anterioridad al 24 de abril de 2015.

- Indexación

La suma que resulte a favor de la demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

5.6. Condena en costas en segunda instancia.

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual 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 fue resuelto de manera parcialmente favorable al apelante, por lo que no hay lugar a imponer costas en esta instancia.

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: Revocar parcialmente la sentencia apelada, en cuanto denegó la pretensión de nulidad del acto demandado y la reliquidación de la pensión de la demandante mediante la inclusión de las horas extras en la base de liquidación.

En su lugar, se dispone:

- a. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 6150 de 17 de septiembre de 2014, en cuanto excluyó de la base de liquidación pensional, las horas extras devengadas en el último año de la adquisición del estatus pensional de la demandante.
- b. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, se ordena que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide la pensión de vejez de la demandante, incluyendo en su base de liquidación, además de los factores reconocidos en la resolución anterior, las horas extras devengadas devengadas en el último año de la adquisición del estatus pensional de la demandante
- c. La entidad demandada deberá pagar las diferencias de las mesadas causadas en forma retroactiva.
- d. Se declaran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de abril de 2015.
- e. Las sumas que se reconozcan a favor de la demandante serán ajustadas de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia.
- f. En caso de que no se hubieren hecho cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión sobre las horas extras devengadas por la demandante, del valor de la condena se harán los descuentos correspondientes con destino al FOMAG.



g. La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

SEGUNDO: Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

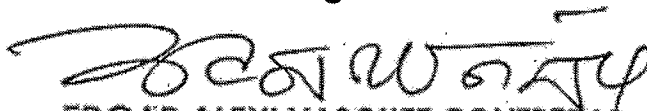
TERCERO. Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

QUINTO: 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 ÁLVAREZ

