



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
SALA DE DECISIÓN No. 001 - Oralidad

Popayán, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado ponente: JAIRO RESTREPO CÁCERES
Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 86

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en contra de la sentencia No. 034 del veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

MARIA EMELIA FERNÁNDEZ LERMA, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 2055 del 20 de noviembre de 2013, y No. 0353 del 25 de febrero de 2014, por la cual se reconoció su pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuanto dejó de incluir en la liquidación para la determinación del IBL, todos los factores constitutivos de salario devengados durante el año anterior a su causación.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene reconocer y pagar i) la reliquidación de la pensión tomando en consideración el promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, ii) las diferencias de las mesadas pensionales que arroje la reliquidación, debidamente indexadas, desde que adquirió su estatus pensional, iii) el reconocimiento de intereses moratorios frente a las sumas reconocidas, y iv) la condena en costas y agencias en derecho a la demandada.

2.2. Los hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, en síntesis, se expuso:

¹ Folios 15-28 del Cuaderno Principal

Expediente: 19001 33 33 009 2016 001 28 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Que mediante Resolución No. 2055 del 20 de noviembre de 2013, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca en nombre de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la parte actora, sin que se hubiere tenido en cuenta, para la determinación del IBL, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Aduce que se interpuso recurso de reposición en contra del acto antes enunciado, sin embargo mediante Resolución No. 0353 del 25 de febrero de 2014 se confirmó en todas sus partes el acto inicial de reconocimiento pensional.

Señaló que en la resolución que le reconoció la pensión de jubilación no se tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicios, así, concluye que desconoció para dicho efecto la prima de navidad, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón y prima de grado.

2.3. Normas violadas y concepto violación

Constitucionales: Artículos 1, 2, 13, 25, 48 y 53.

Legales:

Ley 24 de 1947.
Artículo 4 de la Ley 4 de 1966.
Artículo 5 del Decreto 1743 de 1966.
Artículo 2 de la Ley 5 de 1969.
Decreto 1848 de 1969.
Decreto 1045 de 1978.
Leyes 33 y 62 de 1985.

En síntesis, se arguye que, de conformidad con la ley aplicable al caso concreto, a la parte demandante se le debe liquidar la pensión con inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su estatus, en consideración al régimen pensional especial de los docentes.

2.4. La contestación a la demanda

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO², por intermedio de apoderado judicial, se opone a la prosperidad de las peticiones de la parte actora, para lo cual aduce que aquellas se deberán resolver atendiendo el régimen especial previsto en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003. Como excepciones propone, *falta de legitimación por pasiva, indebida presentación de la demanda, prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.*

2.5. El fallo impugnado³

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia No. 034 del veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018), accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y resolvió:

² Folios 47 - 50 del Cuaderno Principal

³ Folios 94 - 101 del Cuaderno Principal.

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

“PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, propuesta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones del Magisterio, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la Resolución 2055 del 20 de noviembre de 2013, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación; así como la de la Resolución 0353 del 25 de febrero de 2014 con la cual se resolvió recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo atrás mencionado, en cuanto no liquidaron la prestación en forma correcta, según se expuso.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a Reliquidar la pensión de jubilación reconocida a los demandantes, teniendo en cuenta el **75%** del salario promedio devengado durante el año de servicio anterior a la fecha de causación del derecho, incluyendo en el ingreso base de liquidación los siguientes factores salariales:

Para el caso de MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA: asignación adicional preescolar 15%, prima de alimentación especial, prima de escalafón, prima de navidad y prima de grado.

No se deberá tener en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional, los valores cancelados por pago de sueldo de vacaciones, auxilio de movilización y la prima de clima, por las razones expuestas.

Las primas deben ser liquidadas en una doceava parte.”

Como fundamento de la decisión, indicó la A quo que según las condiciones particulares de la parte actora, le resultaban aplicables las previsiones de la Ley 33 a 1985, así, luego de hacer referencia a las posiciones del H. Consejo de Estado de agosto de 2010 y febrero de 2016 sobre el tema, estimó que era procedente la reliquidación de la pensión de jubilación conformando el ingreso base de liquidación de la prestación con todos los factores salariales devengados durante el año de servicios anterior a la configuración del estatus pensional, exceptuando el sueldo de vacaciones, prima de clima y auxilio de movilización.

2.6. El recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por intermedio de su apoderado⁴, inconforme con la decisión de instancia, interpuso recurso de apelación al considerar que el ingreso base de liquidación de la pensión no puede ser establecido con factores salariales distintos a la asignación básica y los sobresueldos, por haberse causado la prestación en vigencia de la Ley 812 de 2003, también adujo que el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la referida ley, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al fondo es el determinado en el Decreto 1158 de 1994, que consagra como factores la asignación básica mensual, gastos de representación, las primas técnicas, ascensional, antigüedad y capacitación cuando sean factor de salario, dominicales y festivos, trabajo suplementario o de horas extras o en horario nocturno, y la bonificación por servicios prestados.

⁴ Folios 82-84 del Cuaderno principal.

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Igualmente, aseveró que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 a cargo de la entidad, no podría ser diferente a la base de cotización sobre la cual el docente hubiere efectuado los aportes correspondientes, por ende, si bien la parte actora adquirió estatus pensional conforme a los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, no se pueden considerar las primas de navidad, vacaciones y alimentación como factores base de liquidación para determinar la cuantía de la pensión, porque no se encuentran en la lista taxativa establecida en dichas norma como base de cotización.

2.8. Alegatos en segunda instancia

Las partes se abstuvieron de presentar alegaciones finales dentro del término concedido.

2.9. Concepto del Ministerio Público⁵

El representante del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso, el lugar de prestación del servicio y la cuantía, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. Ejercicio oportuno de la acción

Teniendo en cuenta que el derecho pretendido versa sobre la reliquidación de una prestación periódica, no está sujeto al término de caducidad, de conformidad con el literal c del numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

3.3. El asunto objeto de debate

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.⁶

⁵ Folios 18-28 del Cuaderno de Segunda Instancia.

⁶ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Rad. 19001-23-31-000-2001-00757-01 (31252) y Rad. 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. En esta última se refirió que "...Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos...".

29

Expediente: 19001 33 33 009 2016 001 28 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Ello se atempera a lo dispuesto por el artículo 320 del Código General del Proceso⁷, según el cual el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos del recurso.

Así las cosas, la Sala procederá a resolver el recurso interpuesto por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -condenada en el fallo de instancia-, a efectos de determinar si la parte demandante según su situación particular como docente, tiene derecho a que su asignación sea reconocida teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la consolidación del derecho pensional conforme lo concluyó el fallo de primera instancia, o si por el contrario, es del caso negar las pretensiones incoadas y revocar el fallo que accedió a las mismas.

3.4. Lo probado en el proceso

Revisados los medios de prueba obrantes en el plenario, se tiene acreditado lo siguiente:

- Resolución No. 2055 del 20 de noviembre de 2013⁸ por la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación en favor de la parte actora como docente nacional en el monto de \$2.198.709, efectiva a partir del 23 de junio de 2013, documento del que, además, se resalta:

“(…)

Según registro civil de nacimiento, se establece que la docente nació el 22/06/1958 y cuenta con 55 años de edad.

Total de tiempo de servicio a la fecha de Status (...) TOTAL DIAS: 12.935

La docente adquirió el status de jubilada el 22/06/2013 fecha en que se encontraba afiliada al FOMAG.

ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL	\$2.588.731
PRIMA DE VACACIONES	\$ 127.377
SOBRE SUELDO I	\$ 188.805
PRIMA ESPECIAL	\$ 810
AUXILIO DE MOVILIZACIÓN	\$ 25.889
TOTAL SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN	\$2.931.612
VALOR DE LA MESADA PENSIONAL	\$2.198.709

Que la mesada pensional corresponde al 75% del promedio de factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente durante el último año de servicio anterior al status.

(…)”

⁷Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

⁸ Folios 4 a 6 del Cuaderno Principal.

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

- Resolución No. 0353-02-2014 del 25 de febrero de 2014⁹ por la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto ante la Resolución 2055 de 2013, y se modificó el artículo primero del acto recurrido, reconociendo la pensión de jubilación de la señora FERNÁNDEZ LERMA en el monto de \$2.398.214.

- De conformidad con la información contenida en el certificado de salarios No. 26387 expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, se establece que la parte actora devengó durante el año de servicio anterior a la adquisición de su estatus, los siguientes factores salariales: i) asignación básica preescolar 15%, ii) asignación básica, iii) auxilio movilización, iv) sueldo de vacaciones, v) prima de alimentación, vi) prima de clima, vii) prima de escalafón, viii) prima de navidad, ix) prima de grado y x) prima de vacaciones.¹⁰

3.5. Normatividad aplicable a la pensión de jubilación ordinaria de docentes

La Ley 115 de 1994, estableció que el régimen prestacional de los educadores estatales es el contenido en la Ley 91 de 1989, norma en la que se estableció la manera como la Nación y los Entes Territoriales asumirían la carga prestacional de los docentes.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 15, dispone:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

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

En ese entendido, de acuerdo con lo consignado en el actos administrativo demandado, la parte demandante **ostentó el carácter de docente nacional, vinculada desde 1980**, para determinar la norma aplicable en materia pensional, es necesario referirnos a la ley vigente al momento que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989¹¹, la cual corresponde a la Ley 33 de 1985.

En el artículo 1º de la Ley 33 de enero 29 de 1985, se señalan los requisitos para que los empleados oficiales puedan acceder a la pensión, así:

"Artículo 1º.- 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

⁹ Folios 7 a 9 del Cuaderno Principal.

¹⁰ Folio 12 y 13 del Cuaderno Principal.

¹¹ Ley 91 de 1989 del 29 de diciembre de 1989, Artículo 17. "Esta Ley regirá desde su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

(75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)"

Así mismo, esta norma en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece la forma para liquidar la pensión de jubilación así:

"Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. 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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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 este punto y atendiendo las razones que rodean la controversia puesta en consideración de esta Corporación, se itera que el régimen pensional aplicable a la parte actora corresponde al consagrado en la Ley 33 de 1985, mas no por la transición dispuesta en la Ley 100 de 1993, sino a partir de las disposiciones de la Ley 91 de 1989.

La anterior posición se soporta en el hecho de que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el sector docente se encuentra excluido de dicha normativa.

Tampoco es factible la pretensión del FOMAG de aplicar al docente la Ley 812 de 2003, porque si bien es cierto el estatus pensional lo adquirió con posterioridad a la vigencia de esta normativa, se insiste, es la Ley 91 de 1989, la que rige el régimen del demandante, partiendo del carácter de docente nacional y su fecha de vinculación.

La posición aquí esbozada se afianzó en el criterio dispuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que en providencia de 08 de febrero de 2018, en el expediente bajo radicación interna 11001-03-15-000-2017-03146-00, fungiendo como juez constitucional, la Alta Corporación decantó:

"(...) En ese sentido la especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros. Sin embargo, cabe mencionar que en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad¹².

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda. - Subsección "B". Sentencia del 26 de julio de 2012. C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01.- "Ahora bien, por disposición del artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión que el régimen de la pensión de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como sucede en el caso de la tutelante, corresponde a aquél previsto en la Ley 33 de 1985.¹³

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado en la presente providencia, la Sala advierte que por tratarse en el caso en concreto de una docente vinculada por la Secretaría de Educación Municipal de Linares el 13 de febrero de 1978, le es aplicable un régimen especial, a saber, la Ley 91 de 1989, la cual a su vez remite a la Ley 33 de 1985, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de jubilación.

En ese orden de ideas, en este caso no resulta procedente aplicar el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicha ley no le es aplicable a los docentes en virtud de las excepciones consagradas en su artículo 279¹⁴.

En ese sentido, la Sala considera relevante resaltar que es por virtud de la Ley 91 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993 que a la tutelante, en su calidad de docente, se le aplica la Ley 33 de 1985.

Esta precisión resulta fundamental para distinguir este caso de otros resueltos por la Sección en los cuales se ha discutido cómo liquidar el IBL a la luz del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que frente a este asunto existen posiciones divergentes entre las distintas Altas Cortes, las cuales resultan irrelevantes para el caso concreto, dado que –se itera– en el asunto sub judice no se discute si el IBL forma parte o no de dicho régimen de transición.

De conformidad con lo expuesto, la Sala observa que la sentencia atacada desconoció el precedente invocado en la solicitud de amparo. (...)

3.6. Criterios definitivos para el reconocimiento pensional del sector docente. Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019

oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.

En efecto, los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad."

¹³ Ver entre otras, la sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda, - Subsección "B". Sentencia del 26 de julio de 2012. C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01

¹⁴ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)"Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995

Expediente: 19001 33 33 009 2016 001 28 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Es preciso señalar que con Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, dentro del Expediente Rad. 680012333000201500569-01, el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambió la postura traída y fijó los criterios definitivos para el reconocimiento pensional del régimen docente.

Señaló inicialmente la Alta Corporación que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no constituye precedente respecto del sector docente ante la ausencia de similitud fáctica y por tratarse de problemas jurídicos distintos a los del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

No obstante, estableció que la recordada providencia fijó una subregla respecto de la Ley 33 de 1985, la cual debe tenerse en cuenta como criterio de interpretación.

De otro lado, el Consejo de Estado precisó varios presupuestos a saber:

- ✓ **Los docentes** afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están **exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**¹⁵, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- ✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.
- ✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales"¹⁶.

¹⁵ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: "[...] **Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida**".

¹⁶ Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que: "[...] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal "son empleados

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

- ✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003¹⁷, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

De igual manera, estableció que son dos los regímenes a los que pertenece el sector 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.

En este contexto, la sentencia de unificación recoge los planteamientos esbozados de tiempo atrás respecto del régimen aplicable al personal docente

oficiales de régimen especial"; según las previsiones del mismo, **la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutaban de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial** (Resaltado fuera de texto).

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5° del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6° inciso 3° preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993¹⁶ dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que "El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01 (1658-04).

¹⁷ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

32

Expediente: 19001 33 33 009 2016 001 28 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

vinculado antes y después de la Ley 812 de 2003, criterios debidamente acogidos por este Tribunal en providencias anteriores.

Respecto de Ingreso Base de Liquidación para el personal docente, la Sala Plena del Consejo de Estado revaluó la tesis contenida en la sentencia de 04 de agosto de 2010, y explicó:

1. *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 nacionalizados¹⁸, 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 1985¹⁹.*

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

3. *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.*

4. *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.*

5. *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"²⁰.*

¹⁸ 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.

¹⁹ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

²⁰ 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

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

6. 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.

7. 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.**

8. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8° un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8°, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.

9. En la Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 49 de 1989 Senado, "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", se dijo que "El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo", y que esta fuente de financiación del Fondo "se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que se sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y las liquidaciones anuales de cesantías". Se indicó: "[...] existe imposibilidad de incrementar las cotizaciones por encima de lo tasado en el artículo 8 o de disminuir las prestaciones por debajo del límite de lo hasta ahora consagrado en las entidades territoriales o de lo que regirá para todos en el futuro, que es lo vigente con referencia a los empleados públicos del orden nacional".

10. De acuerdo con la ponencia, el régimen de **cotizaciones o de aportes** "refleja un **acuerdo total entre el Gobierno y el gremio de los educadores**, quienes manifiestan que esa tabla de ingresos garantizará el funcionamiento equilibrado del Fondo. Por la vía de la comparación se examinó el régimen de aportes y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social y al Fondo de Previsión Social del Congreso".

11. De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

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".

33

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

12. Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

13. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

14. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

"La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".

15. La subregla que fijó la Sala Plena, se apoyó en los siguientes argumentos:

"La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia".

16. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985.** Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

17. 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 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.

18. 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.

19. 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,

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
 Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
 Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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.

20. 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.

21. 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 hiciera 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.

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

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

Así las cosas, el análisis de la presente cuestión litigiosa se abordará con sustento en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado antes referenciada, toda vez que en el mismo pronunciamiento se dispuso que las reglas jurisprudenciales que se fijaron, se apliquen a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

3.7. El caso concreto

En el presente asunto se encuentra determinado que la demandante ingresó al servicio docente el 18 de julio de 1977 de acuerdo a la Resolución No. 2055 del 20 de noviembre de 2013, es decir, previo a la Ley 812 de 2003, por lo que la normatividad que le es aplicable corresponde a la Ley 33 de 1985.

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Ahora bien, conforme a la Resolución de reconocimiento pensional, se encuentra que se tuvo en cuenta que la docente cumplió 55 años de edad, y la cuantía correspondió al 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicios.

Sin embargo, el problema jurídico aquí debatido corresponde a los factores incluidos en la liquidación pensional, como quiera que el FOMAG certificó que para dicho último año laborado, la docente devengó i) asignación básica preescolar 15%, ii) asignación básica, iii) auxilio movilización, iv) sueldo de vacaciones, v) prima de alimentación, vi) prima de clima, vii) prima de escalafón, viii) prima de navidad, ix) prima de grado y x) prima de vacaciones, pero no le fue incluido en la liquidación la totalidad de los factores enunciados.

Así las cosas, para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala precisa que la posición asumida por la entidad demandada en el acto demandado, no adolece de vicio de ilegalidad que conlleve a su nulidad, como quiera que las primas devengadas por la parte demandante no están contenidas en la Ley 62 de 1985 para que hagan parte del IBL con el que se liquidó su pensión de jubilación, la cual efectivamente debía liquidarse a partir de la asignación básica, y el sobre sueldo – trabajo suplementario, factores que se incluyeron en el acto de reconocimiento, aunado a la prima de vacaciones y el auxilio de movilización, situación que se torna incluso más favorable para los intereses de la parte actora.

Como consecuencia deberá revocarse la sentencia apelada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, acogiendo el criterio de Unificación fijado por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

3.8. De las costas

En los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se itera que dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas a partir del tratamiento objetivo del que goza, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.²¹

Al respecto, el artículo 365 del C.G.P. dispone en esta materia lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias."

Pese a que se cumple con las previsiones del artículo en mención, para el *sub iudice*, la Sala en aplicación de los principios de confianza legítima y de justicia, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante pues su pretensión se fundamentaba en la tesis que anteriormente sostenía el Consejo de Estado, y de la cual, alegaba ser beneficiario.

De conformidad con lo expuesto, y con el ánimo de garantizar los derechos de la parte actora, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, con ocasión del cambio de precedente previamente señalado.

Consejo de Estado, Sección Segunda –Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2016, No. Interno: 1291-2014, C. P. William Hernández Gómez.

Expediente: 19001 33 33 009 2016 00128 01
 Demandante: MARIA EMILIA FERNANDEZ LERMA
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
 Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR de la sentencia No. 034 del veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán para, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandante, conforme lo expresado en precedencia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

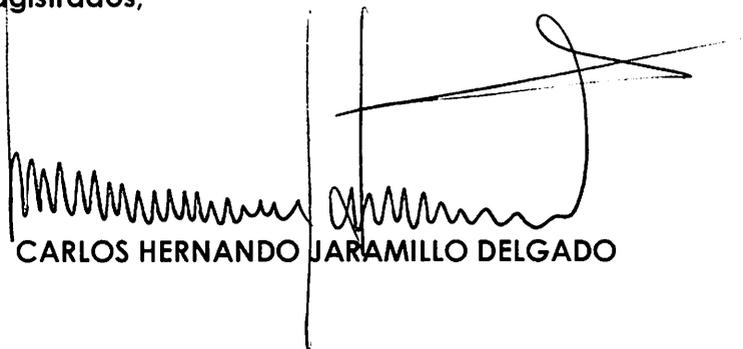
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ
 (Ausente con permiso)