



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
EXPEDIENTE No.	70-001-23-33-000-2017-00123-00.
DEMANDANTE:	ANGELA AMIRA GONZÁLEZ PARRA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Sucre, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, inició la señora ANGELA AMIRA GONZÁLEZ PARRA contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG” en adelante.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.

La demandante **pretende** la nulidad parcial de la Resolución N° 0617 del 18 de junio de 2014, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO por conducto de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, la cual reconoce a la señora ANGELA AMIRA GONZÁLEZ PARRA una pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 80% - como lo establece la ley general de pensión (artículo 34 de la Ley 100 de 1993), -, del promedio del salario total devengado el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status pensional, esto es, el día 3 de abril de 2014.

Asimismo, que se le paguen las diferencias de las mesadas generadas de la pensión de jubilación efectivamente pagada y el reajuste con la inclusión de todos los factores salariales, junto con la indexación correspondiente.

Pide que la demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, asimismo se condene al pago de costas procesales.

Como **hechos relevantes** destaca la demanda los siguientes:

El FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -, representado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, y por conducto de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, reconoció a la señora ANGELA AMIRA GONZÁLEZ el pago de una pensión de jubilación, mediante Resolución No. 0617 del 18 de junio de 2014, por haber reunido los requisitos de ley, al desempeñarse como docente municipal con recursos propios, en el Centro Educativo “Punta de Piedra” en el Municipio de Coveñas.

La demandada, reconoció el derecho pensional con fundamento en los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, prima de vacaciones y prima de navidad. Sin embargo, a juicio de la actora, faltó por incluir la bonificación mensual que establece el Decreto 1566 de 1º de junio de 2014 y la prima de servicios consagrada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Que la mesada pensional reconocida, corresponde al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Sin embargo, estimó que en el estudio de tal derecho, la accionada sólo tuvo en cuenta, para efecto de su liquidación, el tiempo de servicio

laborado desde el 31 de mayo de 1990 hasta el 3 de abril de 2014, arrojando un acumulado de 23 años, 10 meses y 3 días. No obstante, afirmó que empezó a laborar como docente oficial desde el 2 de febrero de 1979 hasta el 30 de mayo de 1990, mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios en la Escuela Rural "Punta de Piedra" ubicada en el Municipio de Coveñas, acreditando mediante esa modalidad de vinculación un tiempo de 11 años, 3 meses y 28 días, los cuales no fueron incluidos en la resolución de reconocimiento.

En ese sentido, indicó que la pensión de jubilación debe ser liquidada en un porcentaje del 80%, en virtud del principio de favorabilidad que se predica en la prevalencia de la ley general de seguridad social (Ley 100 de 1993) sobre la especial (Ley 33 de 1985), ya que aquella tasa de reemplazo es más favorable al 75% aplicada en el acto de reconocimiento, sumando a ello, que se incluyan todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Como **normas violadas**, señaló de la Constitución Política de Colombia los artículos 1, 2, 4, 13, 53 y 58.

De carácter legal, la Ley 5 de 1969, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, artículo 115 de la Ley 115 de 1994, Ley 715 de 2001, Ley 812 de 2003 y Ley 1151 de 2007.

Al exponer el **concepto de la violación**, explicó que si bien la Ley 100 de 1993 implica liquidar la pensión con base en el promedio de lo devengado en los últimos diez años de cotización, o durante toda la vida de cotización cuando resulte ser superior, debidamente actualizados por la inflación, aplicable una tasa de reemplazo de hasta 85%, y de otro lado la Ley 33 de 1985 indica que la liquidación se hace con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, acogiendo el principio de favorabilidad, debe aplicarse a la demandante únicamente el porcentaje de liquidación prevista en la Ley general de pensión, como quiera que tiene un mayor número de semanas cotizadas que le permite tener una base salarial más amplia que la prevista en la ley especial, pero dejando incólume los demás ítems pensionales de la Ley 33 de 1985, particularmente, lo que respecta al período de liquidación y los factores salariales a tener en cuenta.

b. Actuación procesal.

La demanda fue presentada el día 28 de marzo de 2017, cuyo conocimiento del caso, por reparto, correspondió al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo (folio 66), el cual mediante auto del 18 de abril de 2017, se determinó remitir la demanda a esta Corporación por factor cuantía (folios 68 y 69), la cual fue avocada y admitida por el Magistrado Sustanciador mediante auto de 4 de julio de 2017 (folio 75).

La parte demandante certificó el pago de los gastos procesales (folios 79 a 80), por lo que se procedió a la notificación personal de la admisión de la demanda tanto a la entidad demandada como los intervinientes Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual se dio el día 11 de julio de 2017 (folio 80).

La entidad demandada contestó la demanda el 29 de agosto de 2017 (folios 85 a 97).

Mediante auto de 3 de abril de 2018, se convocó a las partes para llevar a cabo audiencia inicial (folio 107), la cual se surtió el 2 de mayo de 2017 (folios 114 a 117), donde se agotaron cada una de las etapas de dicha diligencia, prescindiendo de la etapa probatoria, y ordenando correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, al igual al Ministerio Público para presentar concepto de fondo. Mediante auto de 8 de agosto de 2018, se dictó auto de mejor proveer (folios 128 a 130).

c. Contestación de la demanda.¹

El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Adujo que el acto que el acto demandado se encuentra acogido por la presunción de legalidad, pues la demandante no logró acreditar siquiera sumariamente que hayan sido expedidos con infracción las normas en que debían fundarse, o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa

¹ Folios 85 a 97, c. 1.

motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Afirmó que no era posible acceder a reliquidar la pensión de la actora por inclusión de factores salariales sobre los cuales no ha cotizado, siendo contraria a derecho su petición, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, que regula el ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales, que indica que este no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizan aportes al sistema.

Con relación a la mayoría de los hechos de la demanda dijo que no son ciertos y propuso las excepciones que denominó: i) ineptitud sustantiva de la demanda, ii) no agotamiento de la vía gubernativa; iii) inexistencia de la obligación, iv) cobro de lo no debido, v) compensación y vi) Genérica o innominada².

d. Alegatos de Conclusión.

En esta oportunidad procesal, las partes no presentaron sus alegaciones de conclusión.

e. Concepto del Ministerio Público.

El señor Agente Delegado del Ministerio Público ante este Tribunal, emitió concepto dentro de la oportunidad legal, solicitando que se accedan parcialmente a las súplicas de la demanda, argumentando que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los docentes cobijados por el régimen pensional previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se encuentran regulados por las previsiones de la Ley 33 de 1985, en sentido que tiene derecho a la pensión de jubilación los docentes que tengan 55 años de edad y 20 años de servicios, cuya base salarial se liquida conforme al 75% del promedio de lo devengado en último año anterior a la adquisición del status pensional, en ese sentido, indicó que en el monto de la pensión deben incluirse todos los factores salariales percibidos en aquél período, hecho que no fue acatado por la entidad demandada, pues, dejó por fuera algunos emolumentos que tienen la connotación de salario,

² En audiencia inicial realizada el 15 de junio de 2017, se declararon no probadas las excepciones previas formuladas por la parte demandada.

por ello, aseveró que la demandante tiene derecho a la reliquidación solicitada frente a la inclusión de esos factores.

Ahora, precisa que no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con aplicación de la tasa de reemplazo del 80% en virtud de lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en vista a que por disposición de esta norma, los docentes están exceptuados del sistema general de pensiones, luego entonces es inaplicable aquél articulado al caso de la demandante.

Así las cosas, la reliquidación únicamente debe recaer en la inclusión de los factores salariales no incluidos en su momento en el cálculo del monto pensional, descartando la posibilidad de aplicar sobre ese monto una tasa de reemplazo del 80%.

II. CONSIDERACIONES

a. Problema jurídico.

Con fundamento en los planteamientos de las partes, y la fijación del litigio establecida en audiencia inicial, debe entrar el Tribunal a establecer, si la señora ANGELA AMIRA GONZÁLEZ PARRA, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, atiendo como tasa de reemplazo el 80% del ingreso base de liquidación, en el que se incluyan todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status.

b. Marco legal y jurisprudencial de la pensión ordinaria de jubilación del sector docente.

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

"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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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.

2.- Pensiones:

A. *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.*

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Ahora bien, la ley del sistema general de pensiones - Ley 100 de 1993, expresamente en su artículo 279, excluyó la aplicación de sus prerrogativas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

"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.” (Negrillas del Despacho)

Conforme a la normatividad citada en antecedencia, los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981 o los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para efectos pensionales, **no se les aplican la Ley 100 de 1993, por exclusión expresa de la misma**, sino que se rigen por el régimen pensional de los servidores públicos del orden nacional, esto es, el regulado en las Leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con lo establecido con la Ley 91 de 1989.

En ese contexto, La Ley 33 de enero 29 de 1985, establece:

"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. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley (...)"

Siendo así, los docentes mencionados en la Ley 91 de 1989, tienen derecho acceder a la pensión ordinaria de jubilación, en los mismos términos previstos para los empleados oficiales del orden nacional. Para tal fin, deben acreditar la edad de cincuenta y cinco (55) años y ostentar veinte (20) años de tiempo de servicio, continuo o discontinuo. Ahora, respecto a la liquidación del derecho, se sujetará al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Sin embargo, en cuanto a los salarios a incluir en la base pensional, la Sala abordará el

asunto en líneas posteriores, como quiera que el debate de esta controversia gravita en este punto.

Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, en cuyo artículo 81, se consagró un nuevo marco pensional para los docentes que se vinculen al sector oficial a partir de la entrada de su vigencia, refiriendo que el régimen pensional de aquellos es el previsto en el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, salvo la edad que tanto para mujeres y varones será de cincuenta y siete (57) años. Por tanto, en cuanto a tiempo de servicio o semanas de cotización se regirán por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y el cálculo del IBL según lo regulado en el artículo 21 del mismo estatuto. Para mejor ilustración, la mencionada Ley 812 de 2003 afirma sobre el particular:

"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres."

En el mismo sentido, el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, dispuso que 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; a la letra dice la norma:

"Parágrafo transitorio 1º. 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"

Lo expuesto hasta el momento, permite extraer dos conclusiones medulares en materia de pensión de jubilación y/o vejez de los docentes del sector oficial, a saber:

- (i) Las disposiciones aplicables a los docentes vinculados antes de entrar en vigencia Ley 812 de 2003, esto es, los docentes nacionales o nacionalizados vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981 y los demás que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, afiliados al FOMAG, para efectos de reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación, son las establecidas las Leyes 33 y 62 de 1985, norma aplicable en virtud de la remisión que contempla el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en lo que corresponde al régimen pensional de los servidores públicos del orden nacional.

En ningún caso, en materia de pensión de jubilación frente a los docentes atrás reseñados, les son aplicables las regulaciones que dispone la Ley 100 de 1993, por encontrarse exceptuado de dicho régimen a la luz del artículo 279 *ibídem*.

Por consiguiente, la pensión de jubilación para aquellos docentes, está regulada exclusivamente por las Leyes 33 y 62 de 1985, en cuanto a los requisitos para acceder a ella y su liquidación, en cuanto a factores y período, tal como lo sostiene la reciente jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado que se traerá a colación seguidamente, a la hora de analizar el IBL para este tipo de pensiones en los docentes.

- (ii) *A contra sensu*, los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional ya no están sujetos a las previsiones de la Ley 33 de 1985, sino a las regulaciones del régimen de prima media estipuladas en la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio y/o semana de cotización y determinación del ingreso base de liquidación, exceptuándose la edad como ya se advirtió.

Siendo así, a la hora de examinar la solicitud de reconocimiento de la pensión ordinaria de docente, es menester identificar el extremo temporal de vinculación del mismo, con miras a detentar el régimen pensional aplicable, esto es, si es lo gobierna la Ley 33 de 1985, o la Ley 812 de 2003 en concomitancia con la Ley 100 de 1993.

Aclarado lo anterior, la Sala procede a estudiar la evolución jurisprudencial que se ha desarrollado en materia de liquidación del derecho pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, concretamente, en lo que respecta los factores salariales que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base pensional.

c. Integración de la base de liquidación pensional de las pensiones del sector docente reguladas por la Ley 33 de 1985 – factores salariales.

Al respecto, el Consejo de Estado, al determinar el alcance e interpretación de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, históricamente presentó criterios jurídicos disímiles respecto del alcance del artículo 3 de dicha Ley, los cuales se resumen así:

i) En una primera ocasión consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador³;

ii) Posteriormente, se determinó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes⁴;

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal. En esta primera etapa se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según 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" (...) "en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) "en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez. En esta

iii) Después se dispuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma⁵;

iv) Ante la disparidad de posiciones, Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, estableció el criterio referido a que, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que el listado es meramente enunciativo, lo cual, no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios⁶.

segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. "La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...). En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho. En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma: "En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (...). Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse. Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.". Ver también, Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 21 de mayo de 2009. Radicación N° 2577-07.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Ref.: Expediente N° 250002325000200607509 01. Número Interno: 0112-2009. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Mario Velandía.

Ahora bien debe precisarse, que dicho criterio se desarrolló para aquellas pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985, pero reconocidas en virtud del régimen de transición de la Ley 33 de 1985. Por tanto, forzoso es concluir que fácticamente no encuadra en las pensiones de los docentes regidos por la Ley 91 de 1989 en materia de pensiones, pero que dicho criterio de inclusión de factores salariales se les aplicable por analogía, salvaguardando la igualdad material entre los sujetos que son gobernados por la Ley 33 de 1985.

v) Sin embargo, la Sala Plena del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, se apartó de la posición que sentada por la Sección Segunda y que reiteradamente venía aplicado, en lo que respecta, entre otros componentes, a la enunciatividad de los factores salariales a incluir en la base pensional de las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, trazando la siguiente regla jurisprudencial sobre IBL en el régimen de transición:

"(...)

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

(...)

96. 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.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. 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.**

100. 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.

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

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomaren 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.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los

cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema”.

Ahora bien, ese mismo pronunciamiento afirma **que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya situación pensional se encuentra regulada por la Ley 33 de 1985, por expresa remisión del numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, siempre y cuando se vinculen con anterioridad al 26 de junio de 2003, fecha que entró en vigencia la Ley 812 de 2013, no puede aplicarse la regla jurisprudencial citada, particularmente la subregla primera que predica el cálculo del IBL conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

Nótese que el fallo de unificación señala: *“La Sala Plena considera importante precisar que **la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla**, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...”*.

El sustento de su exclusión, radica en que para ellos no aplica el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida que están exceptuados del régimen general de pensiones por disposición del artículo 279 *ibídem* y por el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, de manera que en los asuntos de reconocimiento y liquidación de pensión de jubilación de los docentes mencionados, no se discute si el IBL hace parte o no del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, el cálculo de la base de liquidación pensional de la pensión de jubilación docente, estando exceptuado de las estipulaciones de liquidación de la Ley 100 de 1993, está sometido al período de liquidación previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Siendo lo expuesto así, se pregunta la Sala que sucede con la subregla segunda (factores salariales a incluir en la base pensional) si la sentencia de unificación no hace alusión expresa al régimen pensional de los docentes para aplicación de esta regla jurídica.

vi) Pues bien, dada la disyuntiva sobre la aplicabilidad de aquel precedente de la Sala Plena de la Sala Contenciosa Administrativa del H. Consejo de Estado en materia de pensiones de jubilación de los docentes al servicio del magisterio, debe advertirse que recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-20198 de fecha 25 de abril de 2019**⁷, sentando jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, advirtiéndole que la *“sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: i) No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y ii) se trata de problemas jurídicos distintos como se explicará más adelante.”*

No obstante, se afirmó que la segunda subregla de aquel fallo de unificación, referida a los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, pese estar en aquel pronunciamiento que no funge como precedente para el caso pensional de los docentes, se debe tener en cuenta como criterio de interpretación⁸, a efectos de identificar la composición del IBL de las pensiones de los docentes afiliados al magisterio, concretamente los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, para lo cual, luego de hacer un extenso análisis normativo de las disposiciones que gobiernan el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concluyó que la liquidación de la pensión ordinaria de aquellos docentes que gozan el mismo régimen de los servidores del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, debe efectuarse con base en los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, en virtud del artículo 1º de la

⁷ Radicado: 680012333000201500569-01, C. P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

⁸ Al respecto dijo: *“Sin embargo, en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tendrá en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico en este caso.*

(...)

Sin embargo, en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tendrá en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico en este caso.”

Ley 62 de 1985, sin que sea posible incluir ningún factor diferente a los enlistados en ese artículo.

Para mayor ilustración de este pronunciamiento, la Sala la transcribe *in extenso*:

35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

- ✓ *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**⁹, 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"¹⁰.*

⁹ 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".

¹⁰ 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

✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003¹¹, 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 mujeres¹².*

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

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 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 disfrutan 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 5º 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 6º inciso 3º 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 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993¹⁰ 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).

¹¹ 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

¹² La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso: *"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren **vinculados** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres «...»".

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".

*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.*

La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de 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.

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:

"Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975¹³.

(...)

El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.***

«...».

De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

I. Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación: *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.*

II. Derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

¹³ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado “optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal “nacionalización”, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación”.

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 nacionalizados¹⁴, 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 1985¹⁵.

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".

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.

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.

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"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

¹⁴ 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.

¹⁵ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

¹⁶ **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".

de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

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.**

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º 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 8º, 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.

(...)

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.**

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.

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.

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”.

(...)

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.

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

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

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.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

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

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.

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.**

(...)

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

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	Requisitos

✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años		✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%</u>¹⁷ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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 1º de la Ley 62 de 1985)	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)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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)
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

(...)"

Así las cosas, en materia de cálculo y determinación del ingreso base de liquidación de las pensiones ordinaria de jubilación de los docentes, reguladas por la Ley 33 de 1985 en remisión de la Ley 91 de 1989, y las sujetas a las disposiciones de la Ley 812 de 2003, fijó las siguientes reglas de unificación:

- **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**

¹⁷ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

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.

- **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.**

Acorde con lo reseñado, y atendiendo el actual precedente en materia de liquidación de pensiones ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes y posterior a la Ley 812 de 2003, dado su carácter vinculante y obligatorio, esta Sala de Decisión dará aplicación a la regla jurídica sentada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en todos los asuntos de reliquidación pensional cuya controversia gravite en torno al cálculo del IBL de las pensiones ordinarias reconocidas bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, e inclusión de los factores salariales en dicha liquidación, pendientes de ser resueltos por esta Corporación, salvo en los que casos en que haya operado la cosa juzgada¹⁸, reconsiderando así la postura que hasta la fecha venía aplicando.

d. Solución del asunto.

Encuentra la Sala que, de acuerdo a las pruebas arrojadas al proceso, en el *sub judice* ha quedado establecido que:

- 1. La docente ANGELA AMIRA GONZÁLEZ PARRA, se vinculó al servicio público educativo desde el 31 de mayo de 1990 (fl. 45), es decir, antes del 27 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003¹⁹.**

¹⁸ “En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

¹⁹La Ley 812 de 2003 entró en vigencia a partir de su promulgación, que fue el 27 de Junio de 2003, en el Diario Oficial No. 45.231

2. A la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 4 de abril de 2014 como docente municipal, mediante Resolución No. 0617 de 18 de junio de 2014, y se tuvo en cuenta para determinar el salario promedio mensual para establecer la base pensional: el sueldo básico mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones, todos devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional (fls. 14 a 15).
3. Según Formato Único para la Expedición de Certificados de Salarios suscrito por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, la accionante devengó durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de status de pensionado (4 de abril de 2013 a 3 de abril de 2014), los siguientes factores: asignación básica (sueldo), prima vacacional, prima de navidad y Bonificación mensual Decreto 1566 de 1º de junio de 2014 (f. 137) (Resalta la Sala).

Visto lo anterior, se encuentra probado en el expediente, que la demandante se vinculó al magisterio desde el año de 1990, esto es, mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tanto, en concordancia con lo establecido en la Ley 91 de 1989, y la regla de unificación, le es aplicable el régimen establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Contrario a lo manifestado por la parte demandada Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no es cierto que quienes adquieran el estatus de pensionado en vigencia de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus normas modificatorias y reglamentarias, pues se reitera, que la plurimencionada Ley 812 de 2003, de manera clara y expresa, dispuso que quienes tienen los derechos pensionales de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, son los docentes que se vinculen a partir de su vigencia, no refiriéndose al momento de adquisición del estatus de pensionado.

En línea de lo dicho, observa la Sala que en el *sub examine*, según el certificado de salarios que reposa en el plenario, la demandante devengaba al momento del reconocimiento pensional, además de los factores reconocidos, la bonificación mensual Decreto 1566 de 1º de junio

de 2014 o bonificación especial docente y la prima de servicios, emolumentos de los que se duele en su demanda en no ser incluidos en la base pensional a la hora de liquidar la pensión de jubilación reconocida a su favor.

En ese contexto, acogiendo los lineamientos y reglas de unificación atrás descritas, la Sala considera que no debe ser incluida la prima de servicios, en atención a que no está expresamente enlistada en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, como aquellos factores que son objeto de aportes para efectos pensionales, de ahí que se tenga que tal pretensión de la demandante no tenga vocación de prosperidad. Además de ello, a manera de precisión, encuentra la Sala que en el interregno del 4 de abril de 2013 al 3 de abril de 2014 (año anterior a la adquisición del status), la demandante no devengó esta erogación laboral tal como lo enseña el Formato Único para para expedición de Certificados Salarios de fecha 4 de septiembre de 2018²⁰, sino por el contrario, fue percibida en el segundo semestre del 2014, es decir, tiempo después al momento de consolidarse el derecho pensional. Por tanto, además de no estar señalado en Ley 62 de 1985, tampoco no es factible incluir en la base salarial de la pensión, un factor salarial que para el momento en que la demandante tiene derecho a su reconocimiento, no se había materialmente cancelado.

En lo que respecta a la bonificación especial docente regulada en el Decreto 1566 de 1º de junio de 2014, debe decirse que si bien dicho emolumento no se anuncia en el artículo 3º de la Ley 33 1985 modificado por la Ley 62 de 1985 como factor salarial susceptible de aportes para efectos pensionales, pues claramente aquella bonificación fue creada casi treinta años después de la norma que regula el régimen pensional docente vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, la misma sí constituye factor salarial para **todos los efectos legales**, égida que sin duda se subsumen asuntos prestacionales de los docentes, inclusive pensión, haciendo sobre este emolumento los correspondientes aportes obligatorios, entre ellos pensión, tal como lo reseña el artículo 1º *ibídem*, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. *Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media,*

²⁰ Folio 138, c. 1.

regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

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

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

Así las cosas, al ser factor salarial y pasible de aportes obligatorios, en lo que están aportes por concepto de pensión, la bonificación mensual que perciben los docentes sí debe ser incluida en la base pensional de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, atendiendo la naturaleza y finalidad misma del razonamiento expuesto en la sentencia de unificación en la que se resalta que son incluidos en aquella base, los preceptos prestacionales sobre los cuales se deban efectuar los correspondientes a pensión, pensamiento que gravita en torno a la sostenibilidad financiera del sistema pensional para efectos de encontrar equilibrio económico entre lo aportado y lo liquidado para el efectivo pago pensional.

La conclusión a la que llega esta Sala con respecto a la Bonificación Mensual como factor salarial en materia pensional para los docentes, no desconoce las reglas de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado sentado en estos asuntos, por el contrario, su inclusión en el IBL de la pensión ordinaria docente de la demandante está apoyada en aquel precedente, básicamente sobre la idea que deben incluirse aquellas erogaciones laborales constituidas por el Ejecutivo en el marco de la Ley 4ª de 1992 como factores salariales, que en este caso es para todos los efectos legales encajando aspectos pensionales, por lo que en virtud del derecho al mínimo vital y seguridad social que le asiste a la demandante, es necesaria la inclusión de la bonificación mensual en la base pensional, de ahí que sea procedente la reliquidación pretendida en esta oportunidad, al no ser incluida a la hora de liquidar la pensión en comento en el acto de reconocimiento.

Por otro lado, en cuanto a la pretensión de liquidar la pensión ordinaria de jubilación con base en el 80% del IBL, invocándose para ella el principio de favorabilidad, en el entendido que debe privilegiarse la ley general de seguridad social (Ley 100 de 1993) sobre la norma especial para los docentes (Ley 91 de 1989), debe decirse la misma no está llamada a prosperar, en consideración a que resulta jurídicamente inaplicable la Ley 100 de 1993 para los docentes como la demandante que se vincularon antes de entrar en vigencia la 812 de 2003.

Siendo así, en virtud del principio de inescindibilidad en materia laboral, su situación pensional está gobernada por una norma especial como es la Ley 91 de 1989, que para el caso remite al régimen pensional de los servidores del nivel nacional como se ha decantado en todos sus componentes (edad, tiempo de servicio, monto, liquidación), siendo imperioso ceñirse a las estipulaciones de esa ley en consideración al mentado principio, sin que sea factible ni procedente aplicar elementos pensionales regulados en distintas normativas; adicionándose además, que si en gracia de discusión fuera factible la aplicación de elementos de una y otra norma, no sería posible subsumir a la demandante en las disposiciones de la Ley 100 de 1993 por estar expresamente exceptuada dicha norma para los docentes afiliados al FOMAG.

Frente a este punto, la Sala entiende que lo que pretende la parte actora, es la escisión de normas pensionales, en la medida que frente a la tasa de reemplazo pide que se acojan las previsiones de la ley general de pensiones, y cuanto a la inclusión de factores salariales la norma pensional anterior a esta ley, circunstancia que está proscrita como quiera que en materia de derechos laborales y prestacionales no es dable fragmentar o escindir las estipulaciones jurídicas a fin de obtener un resultado más ventajoso, por el contrario, debe darse una aplicación integral y total de la norma que cobija la situación de la persona, en aras de no vulnerar el principio de inescindibilidad en materia laboral.

Así las cosas, en respuesta al planteamiento jurídico, la Sala considera que la demandante tiene derecho a que se reliquide su mesada pensional, teniéndose en cuenta en la base pensional de liquidación, dentro de los pretendidos con esta demanda, **únicamente la bonificación mensual que trata el Decreto 1566 de 2014.**

En cuanto a la prescripción de las mesadas pensionales, la Sala advierte que de conformidad con los lineamientos del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, tal fenómeno no se configura en esta oportunidad, en la medida que entre la causación del derecho – status jurídico de pensionado – (3 de abril de 2014) y la presentación de la presente demanda (27 de marzo de 2017) no transcurrieron más de tres (3) años, por lo que las mesadas a pagar derivadas de la reliquidación pensional reconocida, será con efectividad del 3 de abril de 2014.

Los valores que resulten se actualizarán mes a mes de conformidad con la fórmula de matemáticas financieras adoptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado

$$VP = vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

En donde VP es el valor a encontrar, vh es el valor histórico de la mesada por concepto de pensión de jubilación, el índice inicial es el que certifique el DANE a la fecha en que se cause la prestación y el índice final será también el que certifique la misma entidad a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

e. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., se condenará en costas de primera instancia a la parte demandada, a favor de la parte accionante. En firme la presente providencia, realícese por la Secretaría de este Tribunal, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 0617 de 18 de junio de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reconozca y pague la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la docente ÁNGELA GÓNZALEZ PARRA, teniendo en cuenta en la base de liquidación pensional, además de los factores incluidos en la Resolución No. 0617 de 18 de junio de 2014, la **bonificación mensual que trata el Decreto 1566 de 2014**, con efectividad fiscal a partir del 3 de abril de 2014, por las razones expuestas.

CUARTO: SE CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que pague a favor de la docente ÁNGELA GÓNZALEZ PARRA el valor que surja de la diferencia entre la liquidación pensional inicial y la que se obtiene con la reliquidación reconocida.

Los valores que resulten se actualizarán mes a mes de conformidad con la fórmula de matemáticas financieras adoptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado

$$VP = v_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde VP es el valor a encontrar, v_h es el valor histórico de la mesada por concepto de pensión de jubilación, el índice inicial es el que certifique

el DANE a la fecha en que se cause la prestación y el índice final será también el que certifique la misma entidad a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: DÉSE cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del caso, para el cumplimiento de la misma.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante, en firme la presente providencia, realícese por la Secretaría de este Tribunal, la liquidación correspondiente.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y **DEVUÉLVASE** el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 84.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA

Magistrado