**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.** | **70-001-33-33-007-2017-00143-01.** |
| **DEMANDANTE:** | **FRAY ESTRADA HERNANDEZ.** |
| **DEMANDADO:** | **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** |

## OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 13 de julio de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### a. La demanda.[1]

El demandante **pretende,** mediante el presente medio de control, la nulidad parcial de la Resolución No. 0001 del 27 de enero de 2012, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG en adelante-

[1] Folio 1 a 13, c. 1.

, por medio de la cual reconoció una pensión ordinaria de jubilación al señor FRAY ESTRADA HERNÁNDEZ.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar la pensión de jubilación reconocida, teniendo en cuenta los factores salariales que por ley tiene derecho, tales como horas extras y prima de antigüedad

Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), de acuerdo al artículo 187 del C.P.A.C.A

Por último, solicita que se condene al pago de los intereses moratorios que habla el artículo 192 del CPACA y al pago de costas y agencias en derecho.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

Al señor FRAY ESTRADA HERNANDEZ, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante la Resolución Nº 0001 del 27 de enero de 2012, emanada de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, en representación del Ministerio de Educación y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acto que no incluyó todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicios anterior a la causación de su derecho, entre los que se encuentra: prima de antigüedad y horas extras.

Así pues, a juicio de la parte demandante la entidad debe reliquidar la pensión del señor FRAY ESTRADA HERNANDEZ a partir del día siguiente de la causación de su derecho, con la inclusión dentro de la base pensional de las horas extras y prima de antigüedad como factores salariales.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló como infringidas las siguientes normas de rango legal:

- Ley 91 de 1989, articulo 15;
- Leyes 33 y 62 de 1985, artículo 1º;
- Ley 4ta de 1976, articulo 4;
- Ley 71 de 1988, articulo 9;

- Artículos 29,48 y 53 de la constitución política.

En el **concepto de la violación**, se manifestó que el señor FRAY ESTRADA HERNANDEZ, es docente nacionalizado, vinculado desde el día 6 de julio de 1981, y por tanto, para efectos del reconocimiento y reliquidación de sus prestaciones económicas y sociales, ostenta régimen prestacional que ha venido disfrutando desde la época de vinculación, contenido en la Ley 91 de 1989. En ese sentido, adujo que siendo beneficiario de ese régimen, la liquidación de su derecho pensional no se ajustó a las previsiones de la Ley 33 de 1985, norma que se aplica a los docentes en virtud de la extensión que hace la Ley 91 de 1989 a estos empleados, por no haber incluido todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del status de pensionado. Por tanto, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, por cuanto desconoció la aplicación integral de la norma aplicable a su caso.

**b. Contestación de la demanda[2].**

El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** representado por el **MINSTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL,** contestó la demandada, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones formuladas, argumentando que el acto demandado se encuentra acogido por la presunción de legalidad, pues la parte 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 motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Con relación a los hechos de la demanda negó unos y manifestó no tener certeza respecto a otros ellos, 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) falta de legitimación en la causa por pasiva, vi) compensación, vii) prescripción y viii) Genérica o innominada.

[2] Folios 39 a 52, c. 1.

Afirmó, entre otros argumentos, que no era posible acceder a reliquidar la pensión del actor en razón de que no es procedente incluir factores salariales sobre los cuales no ha cotizado, por tanto, tal pretensión es contraria a derecho 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, indicándose que éste no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizan aportes al sistema.

**c. La sentencia apelada[3].**

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el día 13 de julio de 2018, en la cual accedió a las súplicas de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del docente FRAY ESTRADA HERNANDEZ con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, en lo atinente a la prima de antigüedad y horas extras, erogaciones que no fueron tenidas en cuenta al momento de efectuar la liquidación, advirtiendo que se debe realizar los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal, cuyas mesadas a pagar son las causadas con posterioridad al 8 de junio de 2014.

Sustentó su decisión, haciendo una narración y explicación del régimen pensional de los docentes, para concluir que éste se determina tomando como referencia la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, de tal forma que si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha que entró vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido en la Ley 91 de 1989, y si es posterior el régimen es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a los requisitos para acceder a la pensión de jubilación gobernada por el régimen estipulado en la Ley 91 de 1989, y lo relacionado con la inclusión de los factores salariales en la base de liquidación pensional, trajo a colación la evolución jurisprudencial que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han sentado sobre el asunto, concluyendo que dicha base se encuentra integrada por todos los factores devengados en el año anterior al retiro y/o adquisición del status de pensionado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la

[3] Folios 73-85, c. 1

Ley 33 de 1985, sin que los factores enlistados en el artículo 3º *ibídem* sean los únicos a incluir en la liquidación de la pensión, dado el carácter enunciativo de esa normatividad.

Frente a éste último punto, trajo a colación la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que hablan sobre la inclusión de todo lo devengado por el docente en la base pensional, atendiendo la naturaleza de salario, y no exclusivamente los enlistados en la Ley 62 de 1985.

En consideración a lo anterior, una vez observado el acervo, concluyó que el demandante por vincularse al servicio educativo estatal antes de expedirse la Ley 812 de 2003, le resulta aplicable el régimen pensional de los servidores del orden nacional (Ley 33 de 1985), en virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989. En tal sentido, indicó el *A quo* que ateniendo el precedente judicial sobre la materia, en la liquidación de la base pensional del accionante, la entidad demandada dejó de incluir como factores salariales las primas de antigüedad y horas extras, las cuales fueron debidamente devengadas antes de adquirir su status de pensionado, no siendo entonces la asignación básica mensual, la prima de alimentación, prima de vacaciones, y prima de navidad, los únicos emolumentos que se deben tener en cuenta para la determinación del ingreso base de liquidación.

**d. El recurso de apelación[4].**

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, afirmando que no se ajusta a derecho, toda vez que no tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico que regula la matera, la cual resume así:

**Decreto 451 de 1984:** En este decreto se excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Artículo 4º, las normas de este decreto no se aplicaran. b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva

**Decreto Ley 1042 de 1978:** en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen

[4] Folios 91 a 109, c. 1.

especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así, como por ejemplo ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público. Por tal motivo como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

**Ley 91 DE 1989:** en cuanto al parágrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989, es necesario realizar las siguientes declaraciones: El derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De acuerdo con lo señalado en la ley 100 de 1993, articulo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o con servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

Ateniendo las anteriores normas, adujo que la pensión de la demandante se encuentra liquidada en derecho, pues se ajusta a los parámetros de liquidación previsto para ella, de ahí que no sea procedente la reliquidación pretendida.

En consecuencia, solicita se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda.

**e. El trámite en segunda instancia.**

El recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, fue admitido mediante auto del 11 de octubre de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 21 de noviembre de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 8, c. 2).

Dentro de la oportunidad legal, la **parte demandada**[5] presentó sus alegaciones, reafirmando que los factores salariales para efectos de la liquidación pensional están expresamente delimitados en la Ley 812 de 2003, articulo 81, Decreto 2341 de 2003, Decreto 1158 de 1994 y Decreto 3752 de 2003, normas que son posteriores a la Ley 91 de 1989, por lo que fuera de lo allí dispuesto, no existe la posibilidad de realizar el reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación del docente, con factores salariales tales como: prima de alimentación, prima de navidad, prima de antigüedad, auxilio de trasporte, prima vacacional departamental y prima de vacaciones. Luego entonces, acceder a las peticiones del accionante conllevaría al FOMAG a excederse en las atribuciones otorgadas por la ley.

La **parte demandante** guardó silencio.

Por su parte, El **Agente del Ministerio Público** emitió concepto solicitando confirmar la sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

Señaló que el demandante se vinculó como docente al Municipio de Sincelejo, desde el 7 de julio de 1981, es decir, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que lo cobija el régimen pensional previsto las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicables en virtud de la extensión que hace la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, aseveró que a pesar del reciente cambio jurisprudencial del Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de agosto de 2018 en el cual se señaló que solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización puede incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional, lo cierto es que dicha postura es

[5] Folios 20 a 25, c. 2.

aplicable a las personas que se encuentran dentro del régimen de transición dispuesto por el Art 36 de la ley 100 de 1993, perceptiva que no es aplicable a los maestros por expresa disposición del artículo 279 de la misma normatividad, por esa razón, los docentes a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, reformada por la ley 62 de 1985, deben incluírsele todos los factores salariales que devengaron en el último año de servicio antes de adquirir el status pensional, sin importar que sobre los mismos se hayan realizado o no los aportes correspondiente a la seguridad social en pensiones, siendo que en el caso de que no se hubieran realizado, se deberá hacer las respectivas deducciones.

Por lo anterior, y en atención al estudio de la normatividad vigente y la jurisprudencia aplicable, el Agente del Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda.

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### a. La competencia.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

### b. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si para el cálculo y determinación de la base salarial de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación del docente demandante, deben incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y/o adquisición del status pensional.

### c. 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:*

*(…)*

***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, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial 36856, 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.

**d. 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 trabajador[6];

***ii)*** Posteriormente se determinó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes[7];

***iii)*** Después se dispuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma[8];

---

[6] 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 3° 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".

[7] 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 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.".

[8] 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

***iv)*** Posteriormente la 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 servicios[9].

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)*** Ante la variedad de criterios, la Sala Plena del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, se apartó de la anterior posición 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:

---

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.

[9] Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Ref.: Expediente N° 25000232500020060750 9 01. Número Interno: 0112-2009. Autoridades Nacionales. Actor: Luís Mario Velandía.

*"(…)*
*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 dela 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 1° 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 dela 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 periodicamente 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 parágrafo 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**[10], 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, advirtiendo 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 interpretación[11], a efectos de identificar la composición del

[10] Radicado: 68001233300020150056 9-01, C. P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

[11] 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.*
*(…)*

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 salarios sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, en virtud del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sin que sea posible incluir ningún factor diferente a los enlistados en ese artículado.

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***[12]*, 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*

---

*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."*

[12] 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".

*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"[13].*

- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003[14], 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[15].*

---

[13] 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 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 1993[13] 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).

[14] 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

[15] 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.*

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

*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.*

---

*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 «…»".*

*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 1975"*[16].

*(…)*

*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****.*

*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*

[16] 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".

*y nacionalizados[17], 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 1985[18].*

*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"[19].*

*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 l****os 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.***

---

[17] 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.

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

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

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

*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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.*

***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,***

***<u>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.</u>***

*(…)*
*Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:*

<table>
<tr><th colspan="4">RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</th></tr>
<tr><th colspan="4">ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</th></tr>
<tr><th colspan="2">Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</th><th colspan="2">Régimen pensional de prima media</th></tr>
<tr><td colspan="2">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.</td><td colspan="2">Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.</td></tr>
<tr><th colspan="2">Normativa aplicable</th><th colspan="2">Normativa aplicable</th></tr>
<tr><td colspan="2">• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989<br>• Ley 33 de 1985<br>• Ley 62 de 1985</td><td colspan="2">• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003<br>• Ley 100 de 1993<br>• Ley 797 de 2003<br>• Decreto 1158 de 1994</td></tr>
<tr><th colspan="2">Requisitos</th><th colspan="2">Requisitos</th></tr>
<tr><td colspan="2">✓ Edad**: 55 años** (H/M)<br>✓ Tiempo de servicios: 20 años</td><td colspan="2">✓ Edad: **57 años** (H/M)<br>✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003</td></tr>
<tr><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th></tr>
<tr><td colspan="2"><u>**75%**</u></td><td colspan="2"><u>**65% - 85%**[20]</u><br>(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).</td></tr>
<tr><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th></tr>
<tr><th>Periodo</th><th>Factores</th><th>Periodo</th><th>Factores</th></tr>
<tr><td>**Último año** de servicio docente<br><br>**(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)**</td><td>▪ asignación básica<br>▪ gastos de representación<br>▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación<br>▪ dominicales y feriados<br>▪ horas extras<br>▪ bonificación por servicios prestados<br>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio<br>**(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)**</td><td>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los **10 años** anteriores al reconocimiento de la pensión<br><br>**(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)**</td><td>▪ asignación básica mensual<br>▪ gastos de representación<br>▪ prima técnica, cuando sea factor de salario<br>▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario<br>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo<br>▪ bonificación por servicios prestados</td></tr>
</table>

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

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 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. | | ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna<br><br>**(Decreto 1158 de 1994)** |

(…)"

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 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 reconsidera la postura que había sentado en asuntos de igual materia, relacionada con la inclusión en el IBL pensional de todos los factores salariales devengados por el docente afiliado al FOMAG antes de adquirir el status pensional, y dará

aplicación a la regla jurídica sentada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ya referida, 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 juzgada[21]

**e. Solución del caso.**

La parte demandante se duele en la demanda que siendo beneficiario de la pensión ordinaria de jubilación del sector docente oficial, reconocida bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, no sea liquidada conforme lo dispone el artículo 1º de ese artículo, esto es, atendiendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status de pensionado.

Por su parte, el FOMAG en el recurso de apelación, manifiesta que no es posible acceder a la reliquidación del derecho pensional en los términos propuestos por la demandante, por cuanto los factores a incluir en la base pensional deben ser aquellos que fueron objeto de aportes a pensión, siendo que en el caso particular los emolumentos percibidos por el actor pero no incluidos en el IBL, no fueron objeto de deducciones con fines de aportes a pensión al FOMAG.

Vistas las posturas de las partes, la Sala aborda el *sub examine* encontrando probado los siguientes hechos:

**1.** El señor FRAY ESTRADA HERNANDEZ, se vinculó al servicio público educativo **desde el 7 de julio de 1981 (fl. 7), es decir, mucho antes del 27 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003[22].**

En tal razón, el régimen pensional que gobierna la situación de la demandante es el mismo para los empleados oficiales del orden

[21] "*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.*"

[22] La 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

nacional consignado en la Ley 33 de 1985, en virtud de lo estipulado en el numeral 2º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. Por reunir los requisitos de la Ley 33 de 1985, al demandante le fue reconocida la pensión de ordinario de jubilación como docente NACIONALIZADO, mediante Resolución No. 0001 del 27 de enero de 2012[23], efectiva a partir del 13 de junio de 2013.

   En la liquidación de la pensión reconocida, se tuvo en cuenta para determinar el salario promedio mensual para establecer la base pensional la **asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad** devengada en el último año de servicio anterior al status.

3. Según Formato Único para la Expedición de Certificados de Salarios suscrito por la Gobernación de Sucre, el accionante devengó durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de status de pensionado, los siguientes factores:

   (i) **Asignación básica;**
   (ii) Prima de alimentación;
   (iii) **Prima de antigüedad;**
   (iv) Prima de navidad;
   (v) Prima de vacaciones;
   (vi) **Promedio horas extras;**

Probado lo anterior, y acogiendo las reglas de unificación atrás descrita, en virtud de la obligatoriedad del precedente judicial, la Sala advierte que en materia de pensión docentes regidos por la Ley 91 de 1989, deben ser incluidos en la base pensional de liquidación, los factores salariales que fueron objetos de aportes y estén exclusivamente señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985.

Siendo así, cotejados los factores devengados por el actor en el último año de servicio anterior a la adquisición de status de pensionado, con los enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por la

[23] Folios 7 a 9, c. 1.

Ley 62 de 1985[24], junto con los señalados en el acto acusado, se tiene que debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación las **horas extras** como factor salarial, la cual pese a que fue debidamente percibida no se tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

En lo que respecta a la prima de antigüedad, si bien fue devengada por el demandante, no debe incluirse en el IBL pensional en la medida que, sin que se discuta su pago se haya efectuado de buena fe, tal erogación está proscrita del ordenamiento jurídico para los empleados de carácter territorial - como es el caso del docente al tener la condición de docente nacionalizado-, adicionándose que la norma que sirvió de causa jurídica para su reconocimiento y pago, esto es, el Decreto No. 208 de 5 de marzo de 1981[25], fue declarado nulo por este Tribunal mediante sentencia de fecha 25 de septiembre de 2013[26].

En ese contexto, la Sala en respuesta al planteamiento jurídico propuesto, considera que el demandante sí tiene derecho a la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación que le asiste, pero bajo las consideraciones aquí expuestas, relacionadas se insiste, con la incorporación en la base pensional de liquidación de los factores que deben servir de aportes al FOMAG y estén taxativamente previstos en la Ley 33 de 1985, posición distinta a la predicada por el *A quo* quien sustentó jurídicamente la reliquidación en la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales percibidos en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, independientemente si sobre éstos se hicieron deducciones por concepto de aportes a pensión. Luego entonces, como resultado de esa nueva interpretación en materia de IBL

---

[24] ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. **Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.
PARÁGRAFO ÚNICO. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

[25] por el que se creó una prima de antigüedad para el personal vinculado a la Gobernación de Sucre.

[26] RADICACIÓN: 70-001-23-31-000-2012-00150-00, MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

de pensiones ordinarias del sector docente oficial, para el caso de marras, se advierte que la base pensional debe estar integrada por -además de los factores señalados en el acto acusado - las **horas extras** como factor salarial para liquidación mencionada, emolumento que reclama la parte demandante para efectos de obtener la reliquidación pensional pretendida.

Finalmente, pone de presente la Sala que el estudio del presente caso no puede extenderse a otros factores ya incluidos en la base de liquidación pensional (como son la prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación), pues ello no hace parte de la discusión planteada en la demanda, por tanto, no se podrá revisar la legalidad de su inclusión.

Así las cosas, la Sala acoge los razonamientos expuestos en el recurso de apelación, y en consecuencia de lo expuesto en antecedencia, se modificará los numerales 3º y 4º de la sentencia en alzada, siendo confirmada en sus demás apartes.

## f. Costas.

La Ley 1437 de 2011, norma en su artículo 188[27], que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo para su liquidación y ejecución a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil - *hoy Código General del Proceso*-[28], lo que implicó un cambio sustancial respecto de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo anterior, que solo permitía tal condena, con un criterio manifiestamente subjetivo, de modo que exigía como condicionante, la incursión en mala fe o temeridad en la actuación de la parte vencida. Pasando entonces a un criterio objetivo, que ya no requiere el reproche conductual referido, y que implica por regla general su imposición a la parte vencida, pero no por ello, infalible o automático, pues amén de objetivo, es

---

[27] ***ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

[28] *Cuyo "**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:*
*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. (…)".*

valorativo[29], y por tanto, pueden observarse situaciones que ameriten incluso, abstenerse de condenar en costas a la vencida.

Precisamente para la Sala, al hacer la valoración objetiva de la situación en *sub examine,* considera debe abstenerse de condenar en costas a la parte vencida, pues tal derrota se encuentra, ante un cambio de un precedente jurisprudencial[30] que venía unificado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo desde años atrás, y que se ha presentado incluso luego de haberse radicado la demanda a la que hoy en concreto se le da solución judicial.

## III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo De Sucre administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

## FALLA:

**PRIMERO: MODIFICAR** los numeral 3º y 4º de la sentencia fechada 13 de julio de 2018, expedida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual queda así:

> *"TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR, a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÒN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, a expedir un nuevo acto administrativo, mediante el cual se liquide la pensión de jubilación reconocida al señor FRAY ESTRADA HERNANDEZ, a partir del 13 de junio de 2011, con la inclusión en el ingreso base de liquidación del promedio de las horas extras como factor salarial de liquidación pensional.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÒN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, reconocer y pagar al señor FRAY ESTRADA*

---

[29] *Al respecto pueden verse providencias del Consejo de Estado como las de la Sección Segunda, Subsección A del 18 de julio de 2018. Consejero Ponente. Wiliam Hernandez Gómez, radicado 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14), en la que se decanta sobre el punto al decir " a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –C.C.A- a un "objetivo valorativo" C.P.A.C.A" (…)*

[30] El que le era favorable a sus intereses.

*HERNANDEZ, el retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, que resulten entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados, y lo que dejó de percibir por la no inclusión de las horas extras como factor salarial de liquidación pensional, causadas con posterioridad al 8 de junio de 2014."*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás apartes de la sentencia de junio 13 de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia, conforme lo previamente motivado.

**CUARTO:** En firme ésta providencia, **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en sesión de la fecha, conforme consta en Acta Nº 84.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**
**Magistrado ponente**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**
**Magistrado**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**
**Magistrado**