

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Neiva, dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 007 2019-00319-01
Demandante	:	LUCER GUZMAN FIGUEROA
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto	:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – DOCENTE
Acta	:	17

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia del 30 de agosto de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

"(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el

mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...).”

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, en calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta el promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, así como el pago de las diferencias resultantes de la reliquidación solicitada.

Al respecto se advierte que actualmente existen a cargo de la Sala una gran cantidad de procesos que versan sobre el mismo asunto, además, existe una reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con el tema, en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del asunto y con el fin de evacuar de manera uniforme las controversias a las que se ha hecho referencia, esta Sala, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda¹

1.1. Pretensiones

El señor Lucer Guzmán Figueroa, por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

¹ Folio 1 a 9

consagrado en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Declarar la nulidad parcial de la actuación administrativa contenida en la Resolución No. 5853 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2014 “POR EL CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSION DE JUBILACION” en lo que tiene que ver con la determinación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibido en el último año de servicios al cumplimiento del status pensional y reliquidación posterior.

2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 21 DE DICIEMBRE DE 2013, fecha en la cual mi mandante adquirió el status de pensionado, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SIRVASE:

1. CONDENAR a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 21 DE DICIEMBRE DE 2013, fecha en la cual mi mandante adquirió el status de pensionado (sic), equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status.

2. Ordenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

3. Ordenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Ordenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tractos sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con

la constitución y la ley tomado como base la variación del índice de precios al consumidor conforme lo establecido en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A.

5. La parte demandada, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A).

6. Ordenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el término siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

7. Condenar en costas a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencia y conforme lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cual (sic) se rige por lo estipulado en el artículo 365 del Código General del Proceso.

8. Condenar en costas a la entidad demandada en caso de proponer excepciones previas y que estas se resuelvan de forma desfavorable de conformidad con lo estipulado en el Artículo 365 del Código general del Proceso.

9. Que de las sumas que resultaren a favor de mi mandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada."

1.2. Hechos:

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. El señor Lucer Guzmán Figueroa laboró como docente oficial durante más de 20 años, por lo que a través de Resolución No. 5853 del 19 de diciembre de 2014, la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación.

1.2.2. La base de liquidación pensional incluyó solo la asignación básica, la prima de vacaciones y el auxilio de movilización, omitiendo el cómputo de la

prima de navidad, la bonificación de zona de difícil acceso percibidas por el actor en el ultimo año anterior al cumplimiento del status de pensionada.

1.3. Fundamentos de Derecho

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 1º de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 y Ley 71 de 1988.

Luego de exponer apartes de cada una de las normas acusadas, señaló que al demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989 y que, en virtud de esa normatividad, para determinar la base de liquidación pensional, debe acudirse a las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales no disponen de manera taxativa los factores salariales a tenerse en cuenta.

Manifestó que la inclusión de los factores de la pensión reclamada se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, debiendo por tanto incluirse todos los factores salariales que el demandante devengó en el último año de servicios

Precisó que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, señaló que, si bien la Ley 33 de 1985 no define los factores salariales, tal circunstancia no impide que se incluyan todos aquellos que fueran devengados por el trabajador durante el último año de servicios, lo que, a su juicio, no admite interpretación en contrario, pues se atentaría contra derechos adquiridos.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue radicada el 26 de junio de 2018 (fl. 45, C. principal), correspondiendo por reparto al Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, despacho judicial que mediante auto del 16 de julio de esa anualidad la admitió, ordenando notificar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (fls. 47 C. principal).

La diligencia de notificación se surtió en debida forma a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la entidad demandada, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar a folios 67 y 68.

2.2.- Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, guardó silencio (folio 71).

2.3.- Audiencia inicial

A través de providencia de 13 de agosto de 2019 (fls. 73, C. principal), el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 30 de agosto de 2019 a las 08:45 a.m., de manera concentrada con los expedientes 2019-00050; 2019-00047 y 2019-00045.

En la audiencia inicial (folio 77-79) el A quo fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y la contestación de la misma, delimitando el problema jurídico en establecer si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación su pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional.

Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y la contestación. En consecuencia, al no existir pruebas por practicar, el Juzgado decidió prescindir de la audiencia de pruebas, y con el fin de dictar sentencia, procedió a conceder el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que expusieran sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo señalado en el artículo 179 del C.P.A.C.A.

La parte actora ratificó los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando se incluyan en la liquidación los factores salariales a que tenga derecho el actor.

El apoderado de la entidad demandada solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, argumentando que en el presente caso resulta aplicable el reciente precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en lo que se refiere a la interpretación de la Ley 33 de 1985, norma que regula la forma de liquidación pensional de los docentes.

El representante del *Ministerio Público* no compareció a la diligencia.

2.4.- Sentencia de primera instancia

En audiencia de 30 de agosto de 2019 (folio 102-115) el Juzgado Noveno Administrativo de Neiva, resolvió:

“PRIMERO: CASOS 1,2,3, Y 4 DENEGAR LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDADAS.

SEGUNDO: CASOS 1,2,3, Y 4 MANTENER INCOLUMES LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS, CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA.”

El A quo precisó que en el presente caso la pensión de invalidez reconocida se efectuó bajo el amparo de la Ley 100 de 1993, en razón a que la vinculación del demandante al Magisterio ocurrió con posterioridad a la

entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, después del 27 de junio de 2003, por lo que el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre las cuales cotizó a sistema, durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, actualizadas anualmente según el IPC, y no como lo pretende la parte actora, con la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

Explicó que si en gracia de discusión se aceptase que el régimen pensional de el actor se rige por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, resulta irrefutable que las reglas y sub reglas consignadas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado cobijan al personal docente, pues en dicha providencia se dejó claro que el criterio interpretativo de la sentencia del 4 de agosto de 2010, que sirve de sustento a las pretensiones de la demanda, traspasa la voluntad del legislador, el que en virtud de su libertad de configuración, enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que debe limitarse dicha base, además porque va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

2.4.- Recurso de apelación

Mediante escrito del 2 de septiembre de 2019 (folio 89-98), la parte demandante interpuso de apelación manifestando que solicitando que se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda atendiendo al precedente jurisprudencial emitido por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010.

Expuso que el fallo de primera instancia se fundamenta en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 donde se estableció la base de liquidación de las pensiones del personal docente, no obstante la demanda fue presentada en vigencia de la sentencia emitida el 26 de agosto de 2010 y

conforme a la posición que tenía el Consejo de Estado, por lo que se vulneró la confianza legítima en la administración de justicia, pues los usuarios y los abogados se sintieron con confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción conforme al precedente jurisprudencial, y en tal sentido cumplieron con todas las cargas procesales que ello implica, en aras de no propiciar procesos judiciales que congestionen la justicia, cuando estos no poseen un lineamiento de vocación real de prosperidad.

Resaltó que en este caso la demanda fue radicada bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010 de la sección segunda del Consejo de Estado que luego fue reformada por otra sentencia de unificación y que posteriormente puede ser reformada por otra u otra, como efectivamente pasó, siendo evidente la inseguridad jurídica frente a este caso.

Sostuvo que las sentencias de unificación tienen como finalidad evitar sentencias contradictorias y así evitar la vulneración de los derechos de las personas y garantizar una seguridad jurídica en que los asuntos se resolverán conforme a esa posición, no obstante la sentencia del 25 de abril de 2019 contradice la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 sin argumentos objetivos, proporcionales y claros afectando además los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales, por lo que insiste que el Consejo de Estado emitió una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas que se encontraban a la espera que la administración de justicia decidiera.

Manifestó que existe una cosa juzgada frente lo decidido por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 en la que se estudió detalladamente cuales eran los factores salariales que debía tener en cuenta la entidad al momento de reconocer la pensión, decisión que considera continúa vigente y es contraria a la sentencia del 25 de abril de 2019, y que a su juicio no debe ser desconocida y por ende, merece su aplicación, dada su

trascendencia en el tiempo y por la protección de los derechos laborales que de ella emana, pues su no aplicación se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Argumentó que conforme al artículo 8 de la Ley 91 de 1989 los docentes vinculados al Fondo que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal.

Indicó que más que estudiar si le asiste o no al demandante la posibilidad de percibir los factores salariales en la liquidación pensional, debe analizarse cuál jurisprudencia ha de aplicarse al caso concreto, pues, reitera, la sentencia del 2019 no dejó sin efectos la sentencia de unificación del año 2010.

2.5.- Trámite de segunda instancia

El día 16 de octubre de 2019 el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, concedió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia (folio 119).

A través de auto de 7 de noviembre de 2019² se admitió el recurso de apelación y mediante providencia de 21 de noviembre de esa misma anualidad³, se corrió traslado por el término 10 días para alegar de conclusión.

2.6.- Alegatos de conclusión segunda instancia

² Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

³ Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

La partes demandante recorrió el término de traslado a través de memorial calificado 28 de noviembre de 2019 (folio 14- 26 cdno. Segunda instancia).

La parte demandada guardó silencio, mientras que el representante del *Ministerio Público* no emitió concepto⁴.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el asunto de la referencia la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 30 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva que negó las pretensiones de la demanda.

Al respecto, el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)”

⁴ Folio 27

En efecto, tratándose de apelante único, la competencia del Juez de segunda instancia se encuentra circunscrita a los motivos de la impugnación, de modo que, no le es dado entrar a analizar la providencia recurrida en los aspectos que no fueron objeto de apelación, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en el presente caso no se encuentra reparo alguno en lo que tiene que ver con la oportunidad de la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo del asunto, teniendo en cuenta los aspectos sobre los cuales recae la apelación.

3.2.- Planteamiento del caso

En el caso objeto de estudio, la parte actora demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 5853 de 19 de diciembre de 2014, a través de la cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación en favor del señor Lucer Guzmán Figueroa.

Ahora, a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó que se condene a la entidad demandada a reliquidar esa prestación, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional, además, solicitó el pago retroactivo e indexado de las diferencias en las mesadas resultantes de la reliquidación que reclama, el pago de intereses moratorios, el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y que se condene en costas a la entidad demandada.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva negó las pretensiones de la demanda, con sustento en que el demandante se vinculó al servicio docente departamental con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y por ello su régimen pensional es el contenido en la Ley 100 de 1993. Agregó que de considerarse que al demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, revaluó de manera expresa la tesis emitida por esta misma Corporación el 4 de agosto de 2010, y que fija una nueva interpretación para la liquidación de las pensiones que se rigen por ese estatuto, en el sentido que sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

La *parte actora*, interpuso recurso de apelación, solicitando la reliquidación de la pensión de vejez, indicando que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 no es aplicable en el presente asunto, en la medida que existe un pronunciamiento vigente y con trascendencia jurídica en el tiempo contenido en la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferido por la Sección Segunda de esa misma corporación, que permite la liquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

3.3.- Problema jurídico

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si debe ser revocada parcialmente la sentencia apelada que negó la reliquidación de la pensión que percibe el demandante con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio; iii) línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en relación con los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la base pensional de este grupo de servidores y; iv) análisis del caso concreto.

3.4.- Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 5853 del 19 de diciembre de 2014, la Secretaría de Educación Departamental del Huila, reconoció a favor del señor Lucer Guzmán Figueroa y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de docente oficial, una pensión vitalicia de jubilación en cuantía \$1.219.021,00, efectiva a partir del 21 de diciembre de 2013 (fls. 20-23).

Para determinar el monto de la mesada pensional, se tuvieron en cuenta como factores de liquidación los siguientes: la asignación básica mensual, el auxilio de movilización y la prima de vacaciones.

- El acto administrativo de reconocimiento pensional fue notificado al actor el 9 de enero de 2015 según constancia vista a folio 24 del expediente.

⁵ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

- Según comprobantes de pago vistos de folios 25 a 43, el actor percibió los siguientes factores: a) Asignación básica; b) Bonificación zona difícil acceso; b) sueldo vacaciones; c) prima de vacaciones docentes; d) Auxilio de movilización; e) prima de navidad.

3.5. Normatividad en relación con régimen pensional de los docentes oficiales

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes, en síntesis, son:

a) La Ley 6ª de 1945

Estatuto aplicable a los empleados oficiales y particulares, tanto del orden nacional como territorial, en materia de prestaciones sociales consagró:

“Art. 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

“b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente...”

b) Ley 33 de 1985

La citada Ley 6ª estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 33 de 1985, pero el régimen de transición previsto en la nueva ley permitía que se siguiera aplicando la norma anterior en lo que tiene que ver con la edad de jubilación.

Al respecto, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso:

“Art. 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le

pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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.

Par. 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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.” (Lo resaltado fuera de texto)

Significa lo anterior que la Ley 33 de 1985 previó las siguientes excepciones a su aplicación:

- 1) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- 2) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre edad de jubilación, que regían con anterioridad.
- 3) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con relación a los eventos contemplados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es de precisar, así como lo ha hecho la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que los docentes oficiales no gozan de un régimen especial de pensiones.

En tal sentido, esa Corporación⁶ ha señalado que:

“Los docentes que presten sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3 del Decreto 2277 de 1979) pero no regula lo relativo al régimen pensional.

Lo anterior, por cuanto las citadas normas no previeron requisitos especiales para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales”.

Así las cosas, a los docentes les es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, siempre y cuando no se hallen amparados por el régimen de transición que dicha norma establece, caso en el cual su situación prestacional se encuentra cobijada por lo dispuesto en el régimen anterior a esa normatividad, en lo que tiene que ver con la edad pensional.

Ahora, en lo atinente a la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, la mencionada Ley 33 de 1985 estableció los factores que constituyen la base para liquidar los aportes, en su artículo 3º, el cual, a su vez, fue modificado por la Ley 62 del mismo año, la cual dispuso o siguiente:

“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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

⁶ Sentencia del 20 de septiembre de 2007, expediente radicado con el No. 76001-23-31-000-2002-04660-01 (7703-05).

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 (...)"

c) Ley 91 de 1989

La Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de prestaciones Sociales de Magisterio, en su artículo 15 consagró el derecho a la pensión de jubilación a favor de los docentes oficiales, en los siguientes términos:

"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:

2. Pensiones:

(...)

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.

(...)"

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que la citada Ley 91 de 1989 en su artículo 15 no consagró un régimen especial de pensiones a favor de los docentes oficiales, sino que para efectos de establecer las condiciones en que se debe reconocer la

pensión allí consagrada, se debe acudir a la norma general contenida en la Ley 33 de 1985⁷, vigente en ese momento.

d) Ley 100 de 1993

A través de esta Ley, se expidió el Régimen General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, cuyo artículo 21, estableció que el ingreso base de liquidación de las pensiones sería el siguiente:

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Adicionalmente, el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, consagró un régimen de transición a favor para quienes a la entrada en vigencia de la norma tuvieran 15 años de servicios o su equivalente en tiempo de cotización, o 40 años de edad si fuesen hombres y 35 años de edad si fuesen mujeres, a quienes se les aplicarían las disposiciones sobre edad, tiempo de servicios y monto de la pensión señalados en la normatividad anterior, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la

⁷ Así lo señaló, entre otras, en la sentencia de unificación No. SUJ-014-CE-S2-19, proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso número 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), siendo Consejero Ponente el doctor César Palomino Cortés.

pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.~~

De otra parte, el artículo 279 de la citada Ley 100 de 1993, exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel 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.

(...)” (Resaltado por la Sala).

Así las cosas, se tiene que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al haber sido exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, y no gozar de un régimen especial en material pensional, continuarían cobijados por la Ley 33 de 1985, en concordancia con la Ley 91 de 1989.

d) Ley 812 de 2003

Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, cuyo artículo 81 dispuso que los docentes oficiales nacionalizados y territoriales, vinculados con

anterioridad al 26 de junio de 2003, se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989 en materia pensional, mientras que los vinculados a partir de esa fecha, se les aplicará el régimen contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad para pensión, que será de 57 años para hombres y mujeres.

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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 régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

(...)”

En desarrollo de esta disposición el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, previó:

“La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del Decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización.”

e) Parágrafo Transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005

Más adelante, el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, estableció:

"Artículo 1º. (...) "

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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 ésta. (...)".

Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

f) Ley 1151 del 2007

Este estatuto, por el cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la Ley 812, entre las cuales se encuentra precisamente el artículo 81, antes transcrito⁸.

⁸ Artículo 160. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el inciso segundo del artículo 63 de la Ley 788 de 2002, así como las demás disposiciones vigentes sobre el monto de la contribución cafetera a que se refiere la misma ley, el párrafo del artículo 4º de la Ley 785 de 2002, el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 549 de 1999, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 y el artículo 79 de la Ley 1110 de 2006 y el inciso 3º del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. Continúan vigentes los artículos 13, 14, 20, 21, 38 reemplazando la expresión "el CNSSS" por "la Comisión de Regulación en Salud", 43, 51, 59, 61, el párrafo del artículo 63, 64, 65 para el servicio de gas natural 69, 71, 75, 81, 82, 86, 92, 99, 103, 110, 121 y 131, de la Ley 812 de 2003.

De otra parte, cabe señalar que de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo 2285 de 1955, el Decreto Ley 244 de 1972, artículo 5º, y la Ley 4 de 1992, artículo 19, literal g, los docentes oficiales se encuentran en la posibilidad de continuar ejerciendo la docencia, aun cuando les haya sido reconocida la pensión de jubilación, siempre que no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, lo cual constituye una excepción a la regla general según la cual, nadie puede percibir más de una asignación del tesoro público.

En concordancia con lo anterior, se debe recordar que según el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, subrogado por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, "*los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución*".

3.6. De los factores salariales que sirven de base para la liquidación pensional de empleados oficiales y de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Para efectos de establecer la forma en que se deben liquidar las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Sala considera necesario recordar que el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010⁹, proferida dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por un beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a quien en virtud de la transición le resultaba aplicable el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, consideró que los factores para la liquidación de la pensión señalados en estas disposiciones no podían considerarse como

⁹ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Radicado No. 0112-2009.

taxativos, sino que para tal efecto, se deberían incluir todos los factores devengados por el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les diera, claro está, realizando los descuentos correspondientes sobre las sumas incluidas.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el cual establece que las pensiones de los Representantes a la Cámara y Senadores de la República “*no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista*”, precisó que para la liquidación de estas pensiones, solo se deberían tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones y que el “monto” de la pensión al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no hace parte del ingreso base de liquidación de la pensión, pues éste se encuentra expresamente consagrado en el inciso tercero del mismo artículo 36 y en el artículo 21 de la Ley 100 y comprende los factores y tiempo de cotizaciones que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, mientras que el “monto”, hace referencia únicamente a la tasa de reemplazo o porcentaje de liquidación de la pensión, que es del 75%.

Por lo tanto, en esa oportunidad la Corte concluyó que las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985, se deberían liquidar teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación establecido en el inciso tercero del artículo 36 y en el artículo 21 de la citada Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Adicionalmente, en sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional señaló que las consideraciones expuestas en la sentencia C-258 de 2013, no se limitaban al régimen pensional de los congresistas, sino que resultaban aplicables para todos los beneficiarios del régimen de transición consagrado

en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de modo que para todos ellos, la pensión de jubilación se debería liquidar con el monto (entendido como el porcentaje de liquidación) establecido en el régimen anterior, pero aplicando el ingreso base de liquidación de la aludida Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016¹⁰, señaló que *“el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje”*.

Asimismo, reiteró la postura expuesta en la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, tendrían derecho a la liquidación de sus pensiones con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, y el hecho de que no se hubiesen efectuado cotizaciones sobre la totalidad de esos factores, no impedía su inclusión, de modo que, al reliquidar la pensión se deberían ordenar los descuentos correspondientes sobre los factores cuya inclusión se ordenara.

Además, en la misma providencia de 25 de febrero de 2016, el Consejo de Estado indicó que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no resultaban vinculantes para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que, la primera se refirió al régimen aplicable a los congresistas, mientras que la segunda, se profirió dentro de un proceso donde el demandante tenía la calidad de trabajador oficial, y finalmente sostuvo que, si bien la Sentencia SU-230 de 2015 consideró como ajustada a la

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13).

Constitución la interpretación hecha por la jurisdicción ordinaria, sobre la aplicación del régimen de transición, esa interpretación no implica que la postura que sobre ese aspecto ha hecho la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se encuentre ajustada a la constitución, tratándose de la reliquidación de la pensión de jubilación para los empleados públicos.

Sin embargo, el mismo Consejo de Estado, en sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 modificó su postura en torno a la interpretación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y a la aplicación del régimen pensional de la Ley 33 de 1985, estableciendo como regla que *"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"*, y como subreglas que *i)* la liquidación de la pensión para quienes se encuentren incluidos en aquella, debe realizarse bajo las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y *ii)* 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.

Al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado, indicó en relación con la segunda subregla, lo siguiente:

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

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 (...)."

Posteriormente, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reciente sentencia de unificación No. SUJ-014-CE-S2-19, proferida el 25 de abril de 2019 dentro del proceso 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), siendo Consejero Ponente el doctor César Palomino Cortés, fijó 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”.

Cabe señalar que, la adopción de esta regla de unificación tuvo como fundamento las siguientes consideraciones:

“50. 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” .

51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

52. 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.

(...)

61. 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.

(...)

64. 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.

65. 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.

66. 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.

67. 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”.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad de la regla de unificación antes mencionada, y su aplicación retrospectiva, la citada sentencia de 25 de abril de 2019 precisó:

“74. 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”.

De lo expuesto hasta el momento se concluye que, conforme a la regla sentada por el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, las pensiones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se deben liquidar incluyendo como partidas computables solamente los factores que hayan servido de base para los aportes durante el último año de servicios y, en ningún caso podrán incluirse factores distintos a los señalados en la Ley 62 de 1985, criterio que adopta la Sala en atención al carácter vinculante del precedente, conforme a lo señalado en la misma providencia.

3.7. Análisis del caso concreto

No es punto debatido en este caso que al señor Lucer Guzmán Figueroa sea aplicable la Ley 33 de 1985, como quiera que es la misma entidad demandada quien en el acto demandado la establece como disposición aplicable a su situación particular¹¹; por lo que el tema de discusión recae en que, si bien acoge dicha normatividad, el reconocimiento de la pensión se realizó desconociendo la totalidad de los factores salariales que efectivamente fueron percibidos durante el último año de prestación de servicios.

Lo anterior tiene sustento en la Ley 812 de 2003, estatuto que establece el Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales y que en su artículo 81 indica que el sistema de liquidación pensional que le corresponde a estos servidores depende de la fecha de la respectiva vinculación tal como quedó expuesto en líneas anteriores, y para el presente caso, por haber ingresado al servicio docente con anterioridad al 27 de junio de 2003, el sistema pensional que gobierna el derecho pensional del demandante es el consagrado en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Así, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala verifica que el señor Lucer Guzmán Figueroa nació el 25 de diciembre de 1953¹² y su vinculación laboral tiene como data inicial el 21 de diciembre de 1993, de lo que se infiere que la norma que regula la pensión del demandante es la contenida en la Ley 33 de 1985 conforme lo declaró el *A quo*.

Conforme se registró en precedencia, por haber cumplido 55 años y acreditado más de 20 años de servicios, mediante Resolución No. 5853 del 19 de diciembre de 2014 (folio 20-23), la entidad demandada ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación al señor Lucer Guzmán Figueroa, en cuantía de \$ 1.219.021 efectiva a partir del 21 de diciembre de 2013. La liquidación se realizó teniendo en cuenta como factor salarial, la asignación básica, el auxilio de movilización y la prima de vacaciones

¹¹ Al respecto, señala: “Que son normas aplicables, entre otras, (...) Ley 33 de 1985” (Folio 27).

¹² Al respecto ver la Resolución No. 5994 del 18 de diciembre de 2015, por la cual se reconoce una pensión de vejez a la señora Yolanda Puertas Rodríguez.

devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional.

Adicionalmente, se tiene que, conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, a la cual se hizo alusión en esta providencia, las pensiones de los docentes se deben liquidar teniendo en cuenta como factores computables solamente aquellos que sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicios, de acuerdo con lo señalado en la Ley 62 de 1985, providencia en la que el órgano de cierre de esta jurisdicción acogió la pauta jurisprudencial a que alude la sentencia del 28 de agosto de 2018 en lo que atañe a la forma de determinar el IBL para las pensiones amparadas por la Ley 33 de 1985.

Al respecto, se advierte que entre los factores devengados por el actor durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional, según los comprobantes de nómina vistos de folio 25 a 43 del expediente, la Ley 62 de 1985 solo contempla como base para los aportes para pensión, la asignación básica, luego, en el presente caso dicha prestación se debe liquidar incluyendo únicamente esa partida, razón por la cual, se concluye que el demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional solicitada.

Deba anotar la Sala, que la entidad demandada, tanto en la Resolución No. 5853 del 19 de diciembre de 2014, liquidó la pensión del señor Lucer Guzmán Figueroa incluyendo como partida computable, además de la asignación básica, el auxilio de movilización y la prima de vacaciones, emolumentos percibidos en su último año de servicios.

Al respecto, la Sala encuentra que la liquidación hecha por la entidad resulta más favorable que la que procedería conforme a los lineamientos existentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado al que se ha hecho alusión en esta

providencia, sin embargo, atendiendo al principio de congruencia y dado que, en este caso, no se presentó demanda de reconvención, la Sala considera que no resulta procedente desmejorar la situación inicial del demandante, y por ende, no habrá lugar a modificar la liquidación que en su momento realizó la entidad demandada en los actos de reconocimiento y reliquidación pensional.

Frente al argumento del apelante según el cual el nuevo precedente jurisprudencial del Consejo de Estado no puede ser aplicado de manera retrospectiva a las demandas que se encontraban en curso y que fueron presentadas en vigencia de la sentencia del 4 de agosto de 2010, debe precisar la Sala que la sentencia de unificación puso fin a dicha problemática, indicando en sus parte motiva y resolutive que la misma es aplicable a 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.

Así las cosas, la solución al caso concreto es confirmar la decisión proferida por el Juzgado Noveno Administrativo, en cuanto negó la inclusión de todos los factores devengados por el actor en el último año de servicios, comoquiera que la pauta jurisprudencial que se aplica para determinar el IBL para las pensiones de los docentes, es la que establece que la liquidación pensional debe hacerse teniendo en cuenta como factores computables, solamente aquellos que de conformidad con la Ley 62 de 1985 sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicios. En lo que atañe a la bonificación mensual reconocida por el A quo, la decisión se confirma en atención al principio de la no *reformatio in pejus*.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida, decisión que no fue objeto de apelación por la entidad demandada, en consecuencia, permanecerá incólume, atendiendo al principio de congruencia en las decisiones judiciales.

4.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas¹³ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto¹⁴, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365¹⁵ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar

¹³ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁴ “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.”

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso 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.
(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

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

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
(...) (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, que no observan elementos de prueba que demuestren o

justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones que hagan procedente a la imposición de costas en segunda instancia.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso se hayan asumido gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

V. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia de primera instancia dictada el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'B' followed by a horizontal line and a series of loops and strokes.

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' followed by a horizontal line and a series of loops and strokes.

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'G' followed by a horizontal line and a series of loops and strokes.

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado
Aclaración de voto