



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEXTA DE DECISIÓN
M. P. DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	NORY FIERRO HURTADO
DEMANDADO	NACIÓN-MINEDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DECISIÓN	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 29
RADICACIÓN	41001-33-33-002-2017-00306-01
APROBADO EN SALA	ACTA No. 30 DE LA FECHA

ASUNTO

Una vez agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia del 17 de julio de 2018, proferida en audiencia por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva y mediante la cual se accede las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA. (Fls. 1-15 C. Ppal)

NORY FIERRO HURTADO, mediante apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, y solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5840 del 6 de octubre de 2016 “por el cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en

el último año de servicio al cumplimiento del status pensional y con lo cual pretende:

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 07 DE AGOSTO DEL 2016, 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, SÍRVASE:

1. *Condenar a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación a mi mandante, a partir del 07 AGOSTO DE 2016, 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.*

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 del 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 tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con la constitución y la ley tomando 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 tiempo 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 jurisprudencial y conforme lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cual 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 resultan 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. Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que prestó sus servicios como docente oficial y cumplió con los requisitos para obtener la pensión de jubilación, la cual le fue reconocida por la entidad demandada a través de Resolución No. 5840 del 6 de octubre de 2016.
- Que dicha pensión se liquidó teniendo en cuenta como factores computables la *asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones*, sin embargo, no incluyó la *bonificación mensual y la prima de servicios*, percibida por la docente durante el año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada.

1.3. Normas violadas y concepto de violación-

Invocó como normas violadas el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, el Decreto 1045 de 1978, el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 y la Ley 71 de 1988.

Sostuvo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de esta norma, es el señalado en la Ley 91 de 1989 e indicó que conforme al artículo 15 de esta Ley, los factores salariales que deben servir de base para liquidar la pensión del actor son los señalados en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en virtud de las cuales, para tal efecto se deberán tener en cuenta todos los factores devengados por el docente durante el último año de servicios.

Agregó que conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituyen salario todas las sumas percibidas por el trabajador de forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se les dé, además, citó varias providencias del Consejo de Estado que consideró aplicable en relación con el tema y consideró que la entidad demandada, al negar la reliquidación solicitada, desconoció el contenido de la Ley 91 de 1989 y del Decreto 1045 de 1978.

Se refirió a la sentencia de unificación del Consejo de Estado según la cual, la Ley 62 de 1985 no señala en forma taxativa sino enunciativa los factores para liquidar la pensión, de modo que, para tal efecto se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el empleado durante su último año laborado, en virtud de los principios de igualdad material, progresividad, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Por lo tanto, solicitó atender el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con el tema y acceder a la reliquidación pensional deprecada.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 58-70 C. Ppal)

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opone a las pretensiones de la demanda y peticiona condenar en costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Propone como excepciones las siguientes:

-Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario de la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Explica que el Fondo se creó mediante la Ley 91 de 1989, en vigencia de la Constitución del 86 y del Decreto Ley 1050 de 1968 y en su artículo 3 estableció los elementos que lo definen y que determinan su naturaleza jurídica como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Advierte que frente a los hechos de la demanda todos son contra el FOMAG, desconociéndose por parte del Ministerio de Educación si existe o no violación alguna al derecho sustantivo o procesal, tratándose de hechos de terceros ajenos a la voluntad del Ministerio y que no comprometen su responsabilidad.

Que la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es quien tiene a su cargo junto con las Secretarías de Educación, el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo de dicho Fondo, incluyendo el reconocimiento y pago de los fallos judiciales.

-Relación jurídico sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional: Expone que son las entidades territoriales las llamadas a prestar el servicio público de educación en sus respectivas regiones, por lo cual se erigen como los entes que ejercen las funciones públicas necesarias para cumplir a cabalidad con tal tarea, lo cual implica el reconocimiento de las prestaciones sociales que le corresponden a los docentes afiliados al FOMAG, siendo éste Fondo el pagador de los actos administrativos de reconocimiento que suscriban los Secretarios de Educación de las entidades territoriales.

Que el legislador adoptó un sistema en el cual, las Secretarías de Educación de los departamentos, municipios y distritos reconocen las prestaciones sociales de los docentes, por ser estas las personas públicas con la capacidad jurídica para ejercer funciones de ese talante; competencia que se ejerce bajo un control financiero radicado en cabeza del FOMAG, a través de su sociedad vocera, la FIDUPREVISORA S.A. en su calidad de fiduciaria, experta en el área de la administración financiera de los recursos.

Puntualiza que los departamentos, municipios y distritos, a través de las Secretarías de Educación, son las personas públicas competentes para reconocer las prestaciones sociales de los docentes, incluidas las pensiones y la función de pago de las prestaciones es distinta a la del reconocimiento.

Agrega que en la órbita del cuidado financiero de los recursos en donde el patrimonio autónomo Fondo del magisterio actúa, a través de la sociedad vocera la FIDUPREVISORA y en ese orden, fue un acto emitido por la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la cual está

adscrito el docente demandante, el que negó en sede administrativa las pretensiones incoadas por la parte actora, por lo que es a dicha entidad a quien le corresponde asumir las consecuencias favorables o desfavorables de la presente litis, habida cuenta de la relación pública, jurídica y sustancial relacionada con el acto administrativo demandado.

-Vinculación al proceso de la entidad territorial - Secretaría de Educación que emitió el acto administrativo atacado – integración del contradictorio: Considera que como la Secretaría de Educación que emitió el acto administrativo, es la que en ejercicio de las competencias brindadas por la Ley 715 de 2001, la que reconoció mediante acto administrativo la pensión de la parte actora, ya que funge como empleador de la parte accionante, es preciso que comparezca al proceso.

-Inexistencia de la vulneración de principios legales: Consigna que la Ley 812 de 2003 y sus Decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo y por lo tanto, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión, lo que demuestra que de acuerdo a la normativa y a la jurisprudencia vigente no procede la inclusión de los factores salariales solicitados por el demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

-Prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda y/o reclamación administrativa: Solicita que si se accede a las pretensiones de la demanda, que se declare la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda y/o reclamación administrativa.

-Innominadas/Genéricas: Peticiona que se reconozca oficiosamente en la sentencia todos los hechos que se hallen probados y que constituyan excepciones de mérito o de fondo.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 81-84)

El Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, mediante sentencia dictada en audiencia el 17 de julio de 2018 resolvió:

PRIMERO.- NEGAR las excepciones de mérito propuestas por la demandada, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO.- DECLARESE la NULIDAD parcial de la Resolución No. 5840 del 06 de octubre de 2016, conforme a lo expuesto.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho CONDÉNASE a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación de la señora NORRY FIERRO HURTADO identificada con la C.C. No.36274734, reconociendo para el efecto el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios previo a adquirir el status pensional, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, las denominadas **bonificación mensual y prima de servicios**, que están demostradas se pagaban por la entidad al momento de adquirir el status pensional.

Valores éstos que deberán actualizarse atendiendo a la fórmula que a continuación de relaciona:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha a partir de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula de aplicará separadamente, mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, y para los demás emolumentos (**bonificación mensual y prima de servicios**), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Así mismo se ordenará a la demandada efectuar los descuentos correspondientes a los factores salariales en mención, en caso de que no se hayan hecho las deducciones legales pertinentes, debidamente indexados.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO.- A esta providencia dese cumplimiento dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y artículo 195 del C.P.A.C.A.; en la forma mencionada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO].- CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se ordena su liquidación por Secretaría. Se Fijan como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS \$800.000 Mcte.

SEPTIMO: DISPONER la devolución del remanente de los dineros consignados como gastos del proceso, en caso de existir.

OCTAVO.- En firme este proveído procédase al archivo de las diligencias previa anotación en el software de gestión.”

Sostuvo el *a quo* que según el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, el régimen pensional de los docentes se determina tomando como referencia la fecha de ingreso al servicio educativo; y por ello, si la vinculación del docente es anterior al 23 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia la Ley 812 de 2003- el régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes; y si es posterior a tal fecha, el régimen aplicable es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993, con las modificaciones establecidas por la Ley 797 de 2003.

De acuerdo con la anterior premisa, encontró acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente nacional y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 y sus Decretos reglamentarios, esto es, en cuanto los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa Ley.

Que conforme a ello, el régimen pensional que cobijó a la demandante es el de la Ley 33 de 1985, por lo que procede ordenar la liquidación pensional con la inclusión de los factores salariales que fueron omitidos por la entidad demandada en la base de liquidación de la mesada pensional, tal como lo ha venido decidiendo el Consejo de Estado desde las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 9 de febrero de 2012 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en aplicación de los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades, pues la lista de los factores salariales de la Ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 85-86)

La entidad demandada interpone recurso de apelación, indicando que la sentencia proferida desconoce preceptos legales y contractuales que prueban que el demandado no es el llamado a responder en la presente litis, porque el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia en el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Fondo.

Expone que mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Que la voluntad del legislador, para la administración y representación legal del Fondo, es que sea realizada por un tercero a través de la figura de la fiducia mercantil, razón por la cual y por ministerio de la Ley, se delegó en el Ministerio de Educación, la suscripción del contrato de fiducia No. 083 de 1990 con Fiduprevisora S.A., siendo esta última la actual vocera y administradora de los recursos del FOMAG.

Anota que como consecuencia de lo anterior, Fiduprevisora S.A., tiene además la representación judicial y extrajudicial de los bienes objeto del fideicomiso (patrimonio autónomo), acatando y pagando las condenas derivadas de procesos judiciales con recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Concluye que el Ministerio de Educación Nacional no tiene competencia para expedir actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes vinculados a las entidades territoriales, ya que dicha competencia se estableció legalmente en las entidades territoriales certificadas en educación, particularmente en los artículos 6.2.3 y 7.3 de la Ley 715 de 2001, razón por la cual al no intervenir en el reconocimiento ni en el trámite del pago de la prestación, al Ministerio no le asiste legitimación para ser parte como demandada en este proceso de nulidad y restablecimiento, ya que el acto del que se solicita la declaración de nulidad no fue emitido por el Ministerio, ni en virtud de la delegación, ni de la desconcentración toda vez que la

competencia radica legalmente en las entidades territoriales empleadores de los maestros, de manera que, la demanda se está encausando sobre quien no tiene ninguna relación jurídica con lo que se está pretendiendo.

Enfatiza que la competencia otorgada por Ley a las entidades territoriales para nominar a los docentes vinculados a su planta, significa que son éstas las que gozan de capacidad para expedir el acto administrativo mediante el cual se reconoce una prestación económica a favor del docente, por ello sostener que es la Nación, a través del Ministerio de Educación, la que delega esta función a las Secretarías de Educación, sería desconocer la estructura territorial del Estado y la distribución de competencias consagrada constitucionalmente, el principio de la autonomía territorial y por ende, dejar sin sustento el acto administrativo mediante el cual se reconoce la prestación al docente, en el entendido que el único ente con capacidad para su expedición es la entidad territorial o los municipios certificados.

Igualmente, refiere que la sentencia debe ser revocada y negar las pretensiones de la demanda, por cuanto la prestación fue reconocida de acuerdo a los lineamientos de la Leyes 33 y 62 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, 3752 de 2003 y 1158 de 1998, normas según las cuales no hay lugar a reconocimiento de los factores salariales que el actor reclama, pues solo pueden incluirse los que sirvieron de base para efectuar aportes para pensión, ajustándose a derecho el acto demandado.

Cita varios precedentes relacionados con el tema debatido y la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto del 2010, CP Víctor Hernando Alvarado, aclarando que la misma no indica que cualquiera que sea el origen de los factores salariales que se pretende tener en cuenta en la liquidación, deben ser tenidos en cuenta por el operador jurídico, pues una interpretación así abierta y sin armonizar con el ordenamiento jurídico constitucional contravendría la norma fundamental que indica que el régimen de prestaciones sociales es exclusivo del resorte de legislador, por lo que la única interpretación constitucional que cabe frente a lo expuesto es que se deben tener en cuenta los factores establecidos en la Ley y hayan sido cotizados al sistema pensional.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA INSTANCIA.

4.1. PARTE DEMANDANTE. (fls. 15-27 C. 2 instancia)

Reitera los argumentos esbozados en la demanda y precisa respecto de la expedición de la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, CP Cesar Palomino Cortés, que proferida la anterior sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010 CP Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 150012331000200502159-01, teniendo clara la postura del órgano de cierre en la jurisdicción Contenciosa Administrativa y el derecho a reclamar, interpuso el medio de control en busca de reliquidar la pensión de jubilación, lo que jurisprudencialmente se llama confianza legítima en la administración de justicia, pues los usuarios se sienten con confianza real, material, lógica y jurídica, de propiciar una acción, conforme al precedente jurisprudencial, pues se cree que resulta legítimo acudir a las instancias judiciales para que las entidades administrativas no adopten decisiones diferentes a las adoptadas por los jueces.

Anota que el operador judicial debe observar lo que pasa en el proceso, radicado 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.

Finalmente se refiere a la aplicación retrospectiva, alegando que no significa que los próximos fallos que se expidan deban acatar el criterio jurisprudencial vigente y que solo se pueden unificar criterios entre sentencias proferidas en la jurisdicción contencioso administrativo y no unificar criterios proferidos con otra alta corte que no participó del debate de unificación.

4.2. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (fl. 30 C. 2 instancia)

Guardó silencio.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO. (fl. 30 C. 2 instancia)

No rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Como el *a quo* accedió a las súplicas de la demanda, la Sala debe resolver *¿si está afectada de nulidad la Resolución No. 5840 del 6 de octubre de 2016, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la docente NORY FIERRO HURTADO, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y si como consecuencia, tiene derecho a se incluya todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?*

2. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Se abordarán los siguientes temas, i) Régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales; ii) De los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y iii) el caso concreto.

2.1. Régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

Respecto al reconocimiento de las prestaciones oficiales para los empleados públicos, el Art. 17 de la Ley 6ª de 1945 señaló:

“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 a...”

Este régimen pensional estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 33 de 1985¹, excepto para quienes se hallaran en el régimen de transición previsto allí² y el artículo 3 de esta Ley, que es la norma que debe aplicarse para liquidar la pensión de jubilación de todos los empleados públicos, dispone:

“Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”³ (Subraya la Sala)

En el caso de los docentes, el Estatuto Docente consagrado en el Decreto 2277 de 1979, establecía las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de los docentes; pero no reglamentaba ni fijaba el régimen pensional de los mismos.

La Ley 91 de 1989 “por el cual se crea el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**”, dispuso en el Artículo 4°, que **este fondo** atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación

¹ Estuvieron vigentes entre tanto, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en cuanto distinguieron que la edad para adquirir el derecho a la pensión de jubilación era de 55 años si era varón y de 50 años si era mujer.

² “Artículo 1°. 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. 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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno

...Par. 2°. 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...

Par. 3°. 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.”

³ El Art. 1 de la Ley 62 de 1985, agregó estos factores salariales: primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.

de la Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Que serán automáticamente afiliados al mismo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación.

Y en el artículo 15 previó:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para 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.”

Al reformarse el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, mediante la Ley 100 de 1993, como materialización de lo ordenado en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, se precisó que alteraba aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios. Con esta norma de transición, prevista en el Art. 36, el legislador pretendió la estandarización de los regímenes pensionales que se encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del país⁴, sin considerar la naturaleza de su relación laboral.

No obstante, de manera expresa en su artículo 279 señaló algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no serían reguladas por ella, así:

“Artículo 279. 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

⁴ Artículos 6 y 11 de la Ley 100 de 1993.

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...” (Subraya la Sala)

De esta manera, se **exceptuaron** de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tenían normas especiales, entre los cuales se encuentran los trabajadores pertenecientes al Magisterio, cuyo régimen prestacional es el previsto en la Ley 91 de 1989.

De lo anterior se desprende que los *docentes nacionales*, vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les reconoce una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y los *docentes nacionalizados* vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento pensional se efectúa de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispuso:

“Artículo 6º. (...)

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, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. (...)”

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario*”, dispuso:

“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 (...)”.

Y finalmente, el Parágrafo Transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció:

“Artículo 1º. (...)

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”.*

Conforme a lo anterior, se puede concluir que 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 por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36, 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.

La Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, NO prevén un régimen especial pensional para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones. Además, las pensiones de jubilación de los docentes, reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª 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”⁵.

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, sentencias del 14 de febrero de 2013. Rad.: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); 17 de noviembre de 2011. Rad.: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); 23 de junio de 2011. Rad.: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). Se reiteró esta tesis en sentencia del 10 de octubre de 2013, Sección Segunda, Subsección A, Rad.: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁶, 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.

2.2. De los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Establecido 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 los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de estos servidores públicos en su condición de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Entonces, se tiene que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985, señalaron expresamente los factores salariales sobre los cuales los empleados públicos debían aportar para efectos pensionales:

*“**Artículo 3.-** 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 inversión se impute presupuestalmente como funcionario o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario realizado en hora 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 62 de 1985, modificó lo anterior así

*“**Artículo 1º:** (...)*

⁶ 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

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 ascensorial 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. (...).” (Subraya la Sala).

Esta Sala de Decisión se ha venido pronunciando⁷ en el sentido liquidar la pensión de jubilación de los docentes oficiales afiliados al FOMAG con los factores salariales del último año de servicios sobre los que hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, y no con el promedio de los factores salariales que hubiere devengado en ese periodo ni con los cotizados en los últimos diez (10) años, como lo señala la Ley 100 de 1993, dando aplicación a la SEGUNDA SUBREGLA fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 28 de agosto de 2018, en cuanto sostuvo que debía rectificarse la tesis expuesta en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debido a que reñía con el principio de sostenibilidad financiera, esto es, la indicada en el numeral 96 y que señala: **“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.”**

Pues bien, en reciente pronunciamiento la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. César Palomino Cortés, emite Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 el **25 de abril de 2019**, Rad.: 680012333000201500569-01 (0935-2017), y en igual sentido que esta Sala de decisión, desata definitivamente este interrogante y fija la siguiente regla de interpretación:

⁷ A partir de la **sentencia del 28 de septiembre de 2018**, esta Sala de Decisión cambió de postura indicando lo siguiente: “Lo anterior, esto es, el cambio de postura, obedece a la rectificación jurisprudencial que adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, en la que finalmente se adoptó una única posición y coherente con el sistema de precedentes vigente en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto a la determinación del IBL para los empleados públicos que se hallen en el régimen de transición, pues en esta se precisa que dicha regla jurisprudencial Y LA PRIMERA SUBREGLA no se aplica a los docentes por tratarse de un régimen exceptuado definido en el Art. 279 de la Ley 100 de 1993, a quienes se les aplica lo previsto en el art. 15 de la Ley 91 de 1989, art. 81° de la Ley 812 de 2003 y el parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005”. Tribunal Administrativo del Huila. Sala Sexta de Decisión. M.P. José Miller Lugo Barrero. Demandante: Flor Vidal Aparicio. Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Rad.: 41001-33-33-002-2015-00428-01. Igualmente, en **Sentencia del 12 de abril de 2019**, M.P. José Miller Lugo Barrero. Demandante: Dioselina Trujillo de Trujillo. Rad.: 41001-33-33-705-2015-00208-01.

1. (...)

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

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

3. 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.

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

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

6. 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.

7. 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. (...)**

A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

8. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁸. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

9. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. (...)

i. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

10. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

11. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo

⁸ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

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

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

Igualmente señaló que la presente decisión tiene efectos vinculantes y por tanto, de obligatoria aplicación, por emanar de un órgano diseñado para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁹.

De tal manera que retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, indicó que la sentencia se aplica de manera **retrospectiva** y por tanto, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento deben aplicarse 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.

3. EL CASO EN CONCRETO

De las pruebas oportuna y legalmente aportadas, se desprende lo siguiente:

⁹ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de Ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental, mediante Resolución No. 5840 del 6 de octubre de 2016, reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora NORY FIERRO HURTADO, al constatar que nació el 6 de agosto de 1961 y cumplió con el status de jubilada el 6 de agosto de 2016, prestando sus servicios como *docente de vinculación departamental* desde el 7 de febrero de 1983 al 6 de agosto de 2016. (fls. 19-21)
- Los factores salariales tenidos en cuenta por la entidad demandada para determinar el ingreso base de liquidación fueron *la asignación básica, doceava de la prima de navidad y doceava de la prima de vacaciones* y en la liquidación se le aplicó el 75% de los factores devengados en el último año de servicios anterior al status, arrojando el valor de la mesada pensional en cuantía de \$2.553.988 a partir del 7 de agosto de 2016.
- De acuerdo con los comprobantes de nómina allegados a folios 23-41, durante el último año de servicios, esto es, agosto de 2015 a agosto de 2016, la señora NORY FIERRO HURTADO, devengó los siguientes haberes laborales: sueldo básico; bonificación mensual 1 junio/14-31 diciembre/15, bonificación G14 doc.activos D2565/2015, prima de vacaciones docentes, sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

La Sala advierte que la pretensión de la parte actora se refiere y se sustenta en que el acto demandado no se encuentra ajustado a derecho, al no haberse incluido en su pensión de jubilación **todos** por factores salariales *devengados* en el último año de servicio anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, mediante sentencia dictada en audiencia el 17 de julio de 2018, accedió a las pretensiones y ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la señora NORY FIERRO HURTADO, reconociendo para el efecto el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios previo a adquirir el status pensional, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, las denominadas **bonificación mensual y prima de servicios**, que están demostradas se pagaban por la entidad al momento de adquirir el status pensional, al encontrar acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente nacional y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 15

de la Ley 91 de 1989, tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 y sus Decretos reglamentarios, esto es, en cuanto los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa Ley.

La entidad demandada recurre la sentencia, alegando que no tiene competencia ni obligación de reconocer lo pedido en la demanda y porque el acto demandado fue expedido conforme a la normatividad vigente y atendiendo la calidad de docente de la demandante.

Considera la Sala, aplicando la normatividad y precedentes antes mencionados, que al estar demostrado que la demandante se vinculó como docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, su derecho pensional se rige en su integridad por las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, de las cuales se desprende que *solo* pueden incluirse en dicha prestación social los factores salariales señalados en tales normas y sobre los cuales haya realizado aportes al sistema pensional.

Se aclara que el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, precisó 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, significando ello, que se encuentran cobijados por la Ley 91 de 1989, la cual estableció que los docentes nacionales que se nombren a partir del 1º de enero de 1990 gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, correspondiente a la Ley 33 de 1985, de conformidad con el cual el empleado público que cumpla los requisitos de edad y tiempo de servicios allí establecidos, esto es, 55 años y 20 años de servicio, tendrá derecho al pago de una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De tal manera que para establecer el régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, no se requiere demostrar si cumple con los requisitos establecidos para hacerse beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, se reitera, no es aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por estar

expresamente exceptuados en el Art. 279, sino que sencillamente se verifica el momento de la vinculación del docente con el sector educativo oficial.

Precisa la Sala, que en este caso la docente NORY FIERRO HURTADO, devengó en el último año de servicios sueldo básico; bonificación mensual 1 junio/14-31 diciembre/15, bonificación G14 doc. activos D2565/2015, prima de vacaciones docentes, sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios y que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 5840 del 6 de octubre de 2016, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.553.988, a partir del 7 de agosto de 2016, tomando como factores de liquidación la *asignación básica, doceava de la prima de vacaciones y una doceava de la prima de navidad*.

Entonces, en este caso, se accederá parcialmente a las pretensiones y en consecuencia, se modificará la sentencia objeto de apelación, como quiera que la demandante solo tiene derecho a que se incluya en su pensión de jubilación el concepto de bonificación mensual, pues aunque no figura dentro de los factores señalados en la Ley 62 de 1985, lo cierto es que los Decretos 1566 de 2014 y 123 de 2016 que la crearon para esas anualidades, le dieron el carácter de factor salarial¹⁰ para todos los efectos legales y dispusieron que los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se habrán de realizar conforme a las disposiciones vigentes.

Sobre este tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado¹¹ al resolver una acción de tutela, amparó el derecho fundamental al debido

¹⁰ **Decreto 1566 de 2014 – ARTÍCULO 1.** *Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.*

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

Decreto 123 de 2016 ARTÍCULO 1. *Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o la Sección 4, Capítulo 5, Título 3, Parte 3 del Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de enero de 2016 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2016, mientras el servidor público permanezca en el servicio.*

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

¹¹ Sección Quinta. Sentencia del 31 de octubre de 2019. CP: Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2019-04192-00.

proceso y ordenó incluir este factor salarial a un docente que acreditó haberla devengado en el último año de servicios, al considerar que con anterioridad la Sección Segunda¹² ya había resuelto igual pretensión y porque en virtud del principio de favorabilidad laboral y dando una interpretación sistemática a la situación pensional de los docentes, así debe procederse.

“iii) Se recuerda que, el principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas. En palabras de la Corte Constitucional “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”

76. Frente al caso concreto se tiene que, existen diversas interpretaciones frente al hecho de si puede haber reliquidación pensional de un docente por nuevos factores. Por tal motivo este juez constitucional, en virtud del principio de favorabilidad laboral, el cual es de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales, deberá resolver la duda en favor del trabajador, situación que conduce inexorablemente a afirmar que, para el caso concreto sí puede existir reliquidación pensional por factores adquiridos con posterioridad al estatus jurídico, de conformidad con el marco normativo especial de los docentes, en consonancia con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

77. La postura en mención, no deviene irracional teniendo en cuenta que, si bien la referida prestación no se halla enlistada dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, porque que se creó por posterioridad, la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Lo anterior, aunado al hecho que se corroboró del expediente ordinario que, para el momento en que el docente devengó la bonificación mensual, estaba vigente el Decreto que le dio origen y que había sido percibida durante su último año de servicios.

78. Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que estableció que 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 de 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.

79. A partir del anterior contexto y en virtud del principio de favorabilidad laboral se considera que se debe amparar el derecho fundamental del actor en aras de que el Tribunal accionado efectúe una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia, en consonancia con la sentencia de unificación

¹² Subsección A. sentencia del 28 de junio de 2012 con No de radicado 13001-23-31-000-2005-01005-01

de 25 de abril de 2019, y como consecuencia, reliquide la pensión del señor Rave, teniendo en cuenta la bonificación creada mediante el Decreto 1566 de 2014, normativa según la cual constituye factor salarial para todos los efectos y que percibió durante su último año de servicios. En caso de que el Tribunal accionado constate que el docente no realizó los respectivos aportes al Sistema Pensional, le deberá efectuar los respectivos descuentos y se la deberá reconocer a futuro, es decir desde que la empezó a devengar y cotizar.”

Respecto a la **prima de servicios** devengada por la actora en el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, es preciso anotar que si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2016¹³, unificó jurisprudencia sobre las controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales creada mediante Decreto 1545 de 2013, lo cierto es que este estatuto contempla que emolumento solo es factor salarial para liquidar vacaciones, cesantías, prima de navidad y prima de vacaciones; sin que acreditara en el proceso que a la demandante le hicieron descuentos de aportes para pensión.

En resumen, a la actora le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada incluyendo en el IBL la mencionada bonificación mensual, pero sin incluir la aludida prima de servicios, siendo necesario entonces modificar la decisión recurrida en ese sentido.

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas¹⁴, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P.; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y pasando a un criterio objetivo-valorativo.

¹³ Consejo de Estado. Sección 2ª. Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. CE-SUJ215001333333333301020130013401 (3828-2014)

¹⁴ Estas erogaciones económicas son aquellos 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).

En recientes decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probados los gastos en que incurre la parte vencedera del proceso.¹⁵

En el caso examinado, el recurso de apelación no se refiere a la condena en costas en primera instancia, por lo tanto la Sala se abstendrá de referirse al mismo.

No se condenará en costas en la instancia, al no existir prueba de gastos o expensas en que haya incurrido la parte actora, atendiendo los criterios antes señalados y lo previsto en el artículo 365 numerales 5 y 8 del CGP.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, el 17 de julio de 2018, el cual quedará así:

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho CONDÉNASE a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación de la señora NORRY FIERRO HURTADO identificada con la C.C. No.36274734, reconociendo para el efecto el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios previo a adquirir el status pensional, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la denominada bonificación mensual, que esta demostrada se pagaba por la entidad al momento de adquirir el status pensional.

Valores éstos que deberán actualizarse atendiendo a la fórmula que a continuación de relaciona:

$$R=RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019.** C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160)

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha a partir de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

*Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula de aplicará separadamente, mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, y para los demás emolumentos (**bonificación mensual y prima de servicios**), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.*

Así mismo se ordenará a la demandada efectuar los descuentos correspondientes a los factores salariales en mención, en caso de que no se hayan hecho las deducciones legales pertinentes, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia recurrida.

TERCERO: NO CONDENAR en costas en la instancia.

CUARTO: ORDENAR que una vez en firme esta providencia se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente



BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada (Salva voto)



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado – (Aclara voto)