**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**
**Sala Cuarta de Oralidad**
**M.P. Ramiro Aponte Pino**

Neiva, nueve de junio de dos mil veinte.

| | |
|---|---|
| **Medio de control:** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **Demandante:** | **EBERTH MEÑACA MACIAS** |
| **Demandado:** | **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** |
| **Radicación:** | **410013333001-2017-00003-01** |
| **Providencia:** | **SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA** |
| **Acta:** | **VIRTUAL DE LA FECHA.** |

## I.- EL ASUNTO.

Con base en las facultades conferidas por el artículo 153 del CPACA; sin que se adviertan falencias sustanciales o adjetivas que invaliden la actuación, resuelve la Sala el recurso de apelación instaurado por la parte activa y pasiva contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva el 3 de diciembre de 2018.

## II.- ANTECEDENTES.

### 1.- La demanda.

Actuando por conducto de apoderado judicial, el señor EBERTH MEÑACA MACÍAS promueve el medio de control de *nulidad y restablecimiento del derecho* contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en procura de que se declare la nulidad parcial de la *Resolución 843 del 21 de abril de 2015*, por conducto de la cual, le reliquidaron la pensión de jubilación, por retiro definitivo del servicio.

A título de restablecimiento del derecho, depreca la reliquidación de la mesada, tomando como ingreso base el 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el año anterior a su retiro definitivo (prima de navidad, prima de servicios y demás factores salariales).

Finalmente, solicita que las sumas resultantes sean indexadas, desde la fecha en que se debió cancelar correctamente la pensión, hasta el momento que se pague la diferencia adeudada. Que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos consagrados en los artículos 192 y 195 del CPACA y se condene al pago de intereses moratorios y costas.

## 2.- Fundamentación fáctica.

Como argumentos de orden fáctico, aduce por conducto de la *Resolución 843 del 21 de abril de 2015*, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reliquidó la pensión de jubilación por ascenso en el escalafón docente; pero omitió incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio (prima de navidad, prima de servicios y demás factores salariales).

## 3.- Fundamentación legal.

Como sustento de las pretensiones, invoca la siguiente normatividad:

Constitución Política: Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58.
Ley 33 de 1985.
Ley 62 de 1985.
Ley 100 de 1993: artículo 36.
Decreto 524 de 1975.
Decreto 1045 de 1978: artículo 45.
Decreto 2277 de 1979.



En esencia, refiere que la entidad demandada no tuvo en cuenta que la pensión de jubilación se debe liquidar incluyendo todos los factores salariales devengados. Por lo tanto, vulneró los principios fundantes del Estado Social de Derecho; entre ellos, la igualdad, el trabajo, el debido proceso, la seguridad social y la favorabilidad.

Como fundamento de su aserto, cita el precedente del H. Consejo de Estado[1] (f. 1 y ss. cuad. 1).

## 4.- La oposición.

El mandatario judicial de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a la

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad. 2006- 07509- 01 (0112-09), Sentencia del 4 de agosto de 2010 M.P. Víctor Alvarado Ardila.

prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que la prestación fue reconocida aplicando las disposiciones que regulan el sistema pensional de los docentes (Ley 33 de 1985 - Ley 91 de 1989 - Ley 812 de 2003); y resaltando que el IBL se debe calcular con los factores salariales que sirvieron de base para hacer el aporte a pensión.

De igual manera, propuso las siguientes exceptivas:

*a.- Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante.*

En razón a que la pensión de la demandante se reconoció de acuerdo con el ordenamiento jurídico existente.

*b. - Buena fe.*

Porque la entidad no puede reconocer una prestación que no cumple con los requisitos exigidos en la ley, y afectar de esta forma el gasto público.

*c. - 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.*



*d.- Inexistencia de la vulneración de principios legales.*

En razón a que la pensión de la demandante se reconoció de acuerdo con el ordenamiento jurídico existente.

*e.- Innominadas / genéricas.*

Las demás que se encuentren probadas (f. 59 y ss. cuad. 1).

## 5.- El fallo impugnado.

El 3 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial, se fijó el litigio, fallidamente se intentó conciliar, se decretaron e incorporaron las pruebas, y luego de escuchar las alegaciones de conclusión, el *a quo* declaró probada oficiosamente la excepción de cosa juzgada (respecto la inclusión de las primas de vacaciones y de navidad); argumentando que el 28 de octubre de 2014 el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva ordenó su inclusión, y que por conducto de la Resolución 1053 del 7 de junio de 2016 la Secretaría de Educación le dio cabal cumplimiento.

Aunado a lo anterior, declaró la nulidad parcial de la *Resolución 843 del 21 de abril de 2015*, por conducto de la cual se reliquidó una pensión vitalicia de jubilación. A renglón seguido, profirió la siguiente condena:

"QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, reliquidar y pagar al señor EBERTH MEÑACA MACÍAS, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 7.457.003, las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el 10 de febrero de 2015, hasta la fecha en que se realice el pago, debidamente indexadas y liquidadas de conformidad con lo señalado en la parte motiva, es decir, además de la inclusión de los factores salariales ya reconocidos, como la asignación básica mensual; deberán ser incluidas la prima de alimentación y la prima de servicios. En caso de que sobre el factor que la presente sentencia ordena se tenga en cuenta para liquidar la pensión, no se haya efectuado los correspondientes aportes, la entidad demandada tiene la facultad de liquidar y descontar tales sumas de los valores a pagar…" (subrayado original).

Para adoptar esa determinación, inicialmente se refirió al marco normativo y jurisprudencial que regula el régimen pensional docente; y teniendo en cuenta la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018 (acogida por el Tribunal Administrativo del Huila en providencia del 28 de septiembre de 2018, con ponencia de la Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos), consideró que el ingreso base de liquidación está constituido por los factores salariales sobre los cuales hubiera realizado aportes o cotizaciones.



Descendiendo al caso concreto, precisó que el marco normativo que gobierna la situación del demandante es el contenido en la Ley 91 de 1989, cuyo artículo 15 remite al Decreto 1045 de 1978, y con fundamento en el artículo 45, ibídem, ordenó la reliquidación de la mesada, incluyendo la *prima de alimentación y la prima de servicios*; disponiendo que se deben pagar las mesadas causadas a partir del 10 de febrero de 2015, por efectos de la prescripción (f. 78 y ss., cd 1).

## 6.- La impugnación.

Inconformes con la decisión de primer grado, las partes contendientes formularon la correspondiente impugnación (f. 105 cuad. 1).

### a.- Parte actora

El mandatario judicial solicita modificar la sentencia, a efectos de que se incluyan la *bonificación mensual DC. 1566, la prima de navidad y la prima de vacaciones*; argumentando, que dichos factores también fueron devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

Aunado a ello, aclara que el fenómeno de la cosa juzgada no ha operado; comoquiera que el acto impugnado es diferente al que tuvo en cuenta el *a quo* (f. 102 y ss. cuad. 1).

**b.- Parte demandada.**

El mandatario judicial de la entidad accionada destaca que la situación pensional del demandante se gobierna por el régimen de excepción docente (artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sí la vinculación al servicio fue anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003, y la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, sí fue posterior). Destacando, que en cualquiera de los dos escenarios, el ingreso base de la mesada se liquida con base en el promedio de los factores salariales sobre los cuales haya cotizado a pensión.

Como fundamento de su aserto, citó la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena del H. Consejo de Estado; advirtiendo, que la segunda subregla "recae sobre todos los funcionarios públicos sin distinción alguna". En consecuencia, solicita se revoque el fallo, y en su lugar, denegar las pretensiones (f. 99 y ss. cuad. 1).

**7.- Alegaciones de conclusión en segunda instancia.**



**a.- Parte actora.**

Insiste en los argumentos esbozados en el escrito de impugnación (f. 14 cuad. segunda instancia).

**b.- Parte demandada.**

Descorrió el traslado de forma extemporánea (f. 26 cuad. segunda instancia).

**c.- Ministerio Público.**

Luego de efectuar un análisis normativo y jurisprudencial del régimen pensional docente; solicita revocar la providencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones; recordando que la prima de navidad no está contemplada en las leyes 33 y 62 de 1985, ni en la Ley 91 de 1989; y la prima de servicios, al tenor de lo consagrado en el Decreto 1545 de 2013, no constituye factor salarial para efectos pensionales (f. 20 cuad. segunda instancia).

## III.- CONSIDERACIONES.

### 1.- La competencia del *ad quem*. El problema jurídico.

En razón a que el fallo fue impugnado por ambas partes, al tenor de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso[2] –aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA-, la Sala abordará el análisis del asunto sin limitaciones.

En tal virtud, el *sub lite* se contrae a establecer: i) cuál es el marco normativo que regula la situación pensional del docente; ii) cuál es el precedente jurisprudencial de unificación que debe aplicarse al *sub lite;* y iii) si la mesada del accionante se debe liquidar incluyendo todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

### 2.- El caso concreto.

En el sub lite se encuentra acreditado lo siguiente:

a.- El señor Eberth Meñaca Macias se vinculó al sector docente el 5 de abril de 1971 y se retiró definitivamente del servicio el 9 de febrero de 2015 (f. 34 cuad. 1).



b.- A través de la Resolución 131 del 24 de marzo de 2006, la Secretaría de Educación de Neiva (en calidad de delegatario del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), le reconoció una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $1.201.736, a partir del 12 de octubre de 2005 (f. 10 y ss. cuad. 1).

c.- El 7 de junio de 2016, la Secretaría de Educación de Neiva expidió la Resolución 1053, dándole cumplimiento a la sentencia proferida el 28 de octubre de 2014 por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva; y reliquidó la pensión de jubilación, en el sentido de incluir la prima de navidad y la prima de vacaciones (devengadas el año anterior a la consolidación del status pensional. f. 24 y ss. cuad. 1).

---

[2] 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.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

d.- Mediante Decreto 099 del 3 de febrero de 2015, el alcalde de Neiva le aceptó la renuncia al cargo docente, a partir del 9 de febrero de 2015 (f. 27 y ss. cuad. 1).

e.- El 5 de marzo de 2015, el accionante solicitó la reliquidación de su mesada pensional, por retiro definitivo del servicio (f. 30 cuad. 1).

f.- A través de la Resolución 843 del 21 de abril de 2015, la Secretaría de Educación Municipal de Neiva (en calidad de delegatario del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), le reliquidó la pensión vitalicia de jubilación.

Para establecer el valor de la mesada, tuvo en cuenta los factores que devengó en el año anterior al retiro; es decir, la asignación básica ($2.711.939), y al aplicarle el 75% del promedio mensual, dio como resultado la suma de $2.033.954, efectiva a partir del 9 de febrero de 2015 (f. 30 cuad. 1).

g.- En el año inmediatamente anterior a su retiro definitivo (9 de febrero de 2014 al 8 de febrero de 2015), el actor devengó la *asignación básica, bonificación mensual DC 1566 1junio/14-31 diciembre/15, sueldo de vacaciones, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones* (f. 32 y 33 cuad. 1).



## 3.- La pensión de jubilación del sector docente.

El artículo 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945, estableció la denominada pensión vitalicia de jubilación a favor de los empleados y obreros nacionales, siempre que acreditaran 50 años de edad y 20 años de servicio:

"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 las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos ($30) ni exceder de doscientos pesos ($200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión".

La Ley 4ª de 1966, incorporó en el artículo 4º el monto pensional del 75%:

"A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios".

A través del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, se incrementó la edad de jubilación de los varones:

"Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio".

Por su parte, el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 prescribió lo siguiente:

"Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas".



Posteriormente, el Decreto Ley 2277 de 1979, "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", estableció un régimen especial; sin embargo, dicha normatividad no reguló las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general consagrada en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1º equiparó la edad de la mujer y la del varón, y consagró algunas excepciones al régimen pensional general:

"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 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.

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

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 años (50) de edad, si son mujeres, o 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".

A través de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y en lo tocante con el régimen prestacional de los docentes prescribió lo siguiente:

"Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

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



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

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(…)

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990**,** para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional**,** Decretos 3135 de

1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

2. Pensiones:

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

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

A su turno, la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6º que "…El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera 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 279 de la Ley 100 de 1993, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social:

"Así mismo, se exceptúan 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...".

Merced a dicha exclusión, es del caso colegir que la pensión de los docentes sigue sometida al régimen pensional legal anterior; es decir, al establecido en el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; comoquiera que la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), tampoco consagró un régimen especial en esa materia: "Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley" (artículo 115).

A partir del 27 de junio de 2003, la Ley 812 -mediante la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo del cuatrienio 2003-2006-; en su artículo 81 reguló el régimen prestacional de los docentes oficiales:

"Art. 81. 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" (subraya la Sala).

Lo anterior, fue reiterado en el Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, que adicionó un parágrafo transitorio al artículo 48 de la Constitución Política; el cual, preceptúa 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, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. 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".



Al analizar el régimen docente oficial, el H. Consejo de Estado[3] destacó que la reforma constitucional respetó el marco pensional de que venían gozando antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003; aclarando, que el mismo no les otorgó un tratamiento especial, y que a dicho sector debe aplicarse la normatividad de los empleados del sector público nacional.

De otro lado, la Sala Plena del H. Consejo de Estado recientemente abordó el análisis de los factores salariales que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de los servidores beneficiarios del *régimen de transición* (IBL), y a través de sentencia de unificación, concluyó que está conformado exclusivamente por "…aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones"[4].

[3] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Sentencia 7 de julio de 2011. C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Radicación No: 15001-23-31-000-2003-01174-01(1829-10)

[4]Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Fecha: 28 de agosto de 2018. Radicación 52001 23 33 000 2012 00143 01. Gladis del Carmen Guerrero Montenegro vs Cajanal. CP. Dr. César Palomino Cortés.

Al referirse al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha Colegiatura aclaró que ellos no hacen parte del régimen de transición, porque fueron expresamente excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; amén de que su régimen pensional es el previsto en la Ley 91 de 1989. Por ese motivo, la referida providencia no se aplica a esos servidores:

"la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición[5]."

El pasado 25 de abril de 2019, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación, precisando la forma en que se liquida la mesada pensional de los docentes oficiales; y dependiendo de la fecha en que ingresaron al servicio educativo diferenció dos regímenes:

i).- Los que ingresaron antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003; quienes están regulados por la Ley 33 de 1985, con la inclusión de los factores salariales sobre los cuales hubiese efectuado aportes: artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y



ii).- Los que ingresaron después de que aquella entrará en vigencia, a quienes se aplica el régimen prestacional de prima media, regulado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003:

"De acuerdo con el parágrafo 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 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.

[5]Ibídem.

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".

Esa Alta Colegiatura, también recordó que en armonía con lo establecido en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, dicho pronunciamiento de unificación es un precedente obligatorio para los asuntos que se encuentran en discusión en sede administrativa y judicial; amén de sus efectos retrospectivos.

De otro lado, es pertinente destacar que el artículo 1º de la ley 62 de 1985 consagra que "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 aportes".



## 4.- La situación particular de la demandante.

a.- Descendiendo al *sub lite*, está acreditado que el señor Eberth Meñaca Macias se vinculó al servicio docente el 5 de abril de 1971; es decir, antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio). Por lo tanto, no existe duda de que su situación pensional se regula por la Ley 33 de 1985 (f. 34 cuad. 1).

b.- Como ya se indicara, el demandante procura la nulidad parcial de la *Resolución 843 del 21 de abril de 2015*; argumentando que la entidad accionada le reliquidó la pensión de jubilación, pero omitió incluir todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro definitivo del servicio (9 de febrero de 2014 al 8 de febrero de 2015).

Ahora bien, a través de la *Resolución 1053 del 7 de junio de 2016* (que de acuerdo con el *a quo* dio lugar a que se configurara la cosa juzgada parcial), se le dio cumplimiento a la sentencia proferida el 28 de octubre de 2014 por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva; la cual, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de navidad y la prima de vacaciones (devengadas en el año anterior a la consolidación del status pensional).

En tal virtud, es evidente que materialmente no se presenta la identidad de objeto y de causa entre el asunto que decidió el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva y el *sub lite*; por lo que se revocará el numeral primero de la providencia impugnada.

c.- De otra parte, de acuerdo con el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte que entre el 9 de febrero de 2014 y el 8 de febrero de 2015 (año anterior al retiro definitivo del servicio), amén de la asignación básica (incluida en la Resolución 843 del 21 de abril de 2015, por conducto de la cual le reliquidaron la pensión de jubilación), el demandante también percibió la *bonificación mensual DC. 1566, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones* (f. 32 y 33 cuad. 1).

d.- Tomando como marco de reflexión el precedente jurisprudencial del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo -al que se hiciera referencia en el acápite anterior-; bajo el alero de los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad, no regresividad y favorabilidad; considera la Sala que también se deben incluir en el IBL los emolumentos que fueron creados con posterioridad a la expedición de la Ley 62 de 1985 y que para todos los efectos legales constituyen factor salarial; *verbi gracia*, la *bonificación mensual*, instituida para el gremio docente por conducto del artículo 1º del Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014[6], con carácter salarial, pagadera mensualmente a partir del 1º de junio de 2014.



e.- En ese orden de ideas, se infiere que el acto enjuiciado soslayó el marco normativo superior; de suerte, que se acogerán parcialmente los argumentos de alzada; en consecuencia, se modificará la decisión a la que arribó el *a quo,* en el sentido de declarar la nulidad parcial de la *Resolución 843 del 21 de abril de 2015* y ordenar la reliquidación pensional con la inclusión de la *bonificación mensual DC 1566.* A contrario sensu, no se incluirán *la prima de alimentación, la prima de navidad, la prima de vacaciones, ni la prima de servicios,* porque éstas

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

no se encuentran enlistadas en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y además porque al tenor de lo consagrado en el Decreto 1545 del 19 de julio de 2013[7], ésta última no constituye factor salarial para efectos pensionales.

Así mismo, se dispondrá la deducción indexada de los aportes a pensión, correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena.

Como la solicitud de reliquidación se efectuó el 5 de marzo de 2015, la reliquidación por retiro definitivo del servicio se efectuó por conducto de la Resolución 843 del 21 de abril de 2015 (notificada personalmente el 27 de abril de 2015) y la demanda se instauró el 11 de enero de 2017; es menester colegir, que no operó la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (f. 30, 31 y 38 cuad. 1).

Conforme a lo anterior, la reliquidación deberá efectuarse actualizando el factor a incluir en el IBL y las diferencias resultantes de las mesadas se ajustarán, mes por mes, en los términos del artículo 187 del CPACA, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:



$$Vp = Vh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (Vp) se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es lo dejado de percibir por la actora por concepto de mesada pensional, por el cociente que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

Para concluir, es importante desatacar, que aunque no se aportó prueba de que sobre el factor salarial que se ordenan incluir se hubieran efectuado aportes, dicha carga es exigible al empleador y no al trabajador.

[7] "Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media".

## 6.- Costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 CPACA[8], en armonía con lo preceptuado en el artículo 365-3º del CGP[9], como quiera que las pretensiones se accedieron de manera parcial, no se condenará en costas en esta instancia a la entidad demandada.

## 7.- Decisión.

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

**F A L L A:**

**PRIMERO:** Revocar el resolutivo primero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva el 3 de diciembre de 2018, en cuanto declaró probada de oficio la excepción de *cosa juzgada;* conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.



**SEGUNDO:** Modificar el resolutivo segundo sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva el 3 de diciembre de 2018, en el sentido de indicar que la reliquidación de la mesada pensional del señor Eberth Meñaca Macias, debe incluir la *bonificación mensual DC 1566,* y no *la prima de alimentación, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios.* En lo demás, se confirma.

**TERCERO:** No condenar en costas.

---

[8] Artículo 188. 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.

[9] "En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código. (…)".

**CUARTO.-** En firme la presente decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen.

**Notifíquese.**

**RAMIRO APONTE PINO**
**Magistrado**

**JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO**
**Magistrado**

**ENRIQUE DUSSÁN CABRERA**
**Magistrado**