

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M. P. DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	EMILIA IBAGON SANCHEZ
DEMANDADO	NACIÓN-MINEDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DECISIÓN	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 53
RADICACIÓN	41001-33-33-001-2017-00278-01
APROBADO EN SALA	ACTA No. 18 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 las partes contra la sentencia del 3 de diciembre de 2018, proferida en audiencia por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva y mediante la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

1 LA DEMANDA. (Fls. 2-9 C. Ppal)

EMILIA IBAGON SÁNCHEZ, mediante apoderado 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 EL MAGISTERIO –FOMAG- y solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1468 del 7 de junio de 2017, 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.

1.1. Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECCIONAL NEIVA (H), le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, mediante Resolución No. 1468 del 7 de junio de 2017, al cumplir los requisitos legales de edad de 55 años y 20 años al servicio del magisterio, pero que en la misma no le fueron incluidos la totalidad de los factores salariales devengados y certificados al momento en que adquirió su status de pensionada el 24 de marzo de 2017.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83 de la Constitución Política, C.P.A.C.A., Ley 33 y 62 de 198, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, Decretos Ley 2277 de 1979 y Decreto Ley 524 de 1975 y sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Expone que la dignidad de la demandante está siendo vulnerada por el Estado, por la discriminación a la que ha sido sometida, pues sin justificación legal se desmejoró su mesada pensional al no reconocerle la revisión de reliquidación de su pensión de jubilación, para que se le incluyan todos los factores salariales a que tiene derecho, después de laborar al servicio del Estado como docente oficial, desconociéndose sus derechos ciertos y adquiridos conforme a las normas vigentes, realizándose una interpretación errónea de las mismas.

Alega violación a la Ley como causal de nulidad, por infracción de las normas en que debería fundarse, falsa motivación y falta de aplicación de la norma.

Se refiere al principio de favorabilidad en materia laboral, afirmando que cuando es un derecho fundamental que se está solicitando, se deben aplicar las normas más favorables a los docentes, principio desconocido por la entidad demandada, al no tener en cuenta al momento de reconocer la pensión de jubilación de la actora, la totalidad de los factores salariales que devengó en el último año en que adquirió el status de pensionada.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 39-51 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.

En relación a los hechos sostiene que no le constan y deberán probarse en el proceso y precisa que es a las Secretarías de Educación territoriales a quienes por virtud de la Ley, les corresponde el trámite de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentren adscritos a cada Secretaría en virtud de la descentralización del sector educativo, como quiera que el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de nominador, por lo que sale de su competencia funcional las pretensiones de la demandante.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, es un fondo especial, que constituye una excepción al principio de unidad de caja y los recursos se manejan en una cuneta especial y de igual forma, quien da la aprobación de cualquier reconocimiento prestacional de los docentes adscritos al FOMAG es la Fiduciaria la Previsora FIDUPREVISORA S.A., en su condición de administradora y vocera de esa entidad y por tanto, son esas dos entidades las llamadas a responder.

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.

Continúa exponiendo que mediante la Ley 91 de 1989, la Nación creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, con el fin de que se constituyera como una cuenta especial de la Nación, que permitiera asegurar los recursos necesarios para el pago de las prestaciones sociales y los servicios médicos de los docentes afiliados al Magisterio.

Expone que el legislador dispuso que los recursos que hacen parte de esta cuenta especial, constituya un patrimonio con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos se destinaran a cancelar a los docentes afiliados al Magisterio sus pensiones, cesantías, auxilios y se contrataran los prestadores del servicio de salud y desde su creación se dispuso que el patrimonio debía ser administradora por una sociedad fiduciaria y en razón a ello, estableció que se debía suscribir por parte de la Nación un contrato de fiducia mercantil, de modo que, la Ley 91 de 1989 delegó en el Ministerio de Educación Nacional la firma de este contrato como quiera que la Nación carece de personería jurídica.

Sigue acotando que en el año 1990 se suscribió el contrato de fiducia mercantil No. 83 de 1990 con la Fiduciaria La Previsora S.A., contrato que hoy tiene plena vigencia como quiera que las partes han mantenido la relación contractual, que tuvo como efecto jurídico principal, la constitución de un patrimonio autónomo con los recursos que se transfirieron al FOMAG en el acto de constitución, pues implica la transferencia del derecho de domino sobre los bienes entregados al fiduciario para el cumplimiento de la finalidad a la que se afectan los recursos o bienes del patrimonio autónomo.

Advierte que el Ministerio de Educación no administra el Fondo, que quien lo administra es la Fiduciaria La Previsora S.A., quien actúa, gestiona y defiende sus intereses y responde por los actos necesarios para el cumplimiento de los fines, traducidas en obligaciones que debe ejecutar

para lograr el pago de las prestaciones sociales de los maestros afiliados al Fondo y por la prestación de los servicios de salud, mediante la gestión de sus recursos en cumplimiento al contrato de fiducia mercantil.

Deduce de lo manifestado, que el fideicomitente, en este caso el Ministerio, al transferir el derecho de dominio de los recursos que forman el patrimonio autónomo, pierde toda disposición frente a los recursos que transfirió, toda vez que hace parte de un patrimonio independiente sobre el cual, el fideicomitente no tiene ninguna posibilidad de disposición, porque no ejerce el dominio de los recursos pues estos dejan de hacer parte de su patrimonio para constituir uno distinto e independiente del suyo.

Precisa que si bien el Ministerio de Educación Nacional firmó el contrato de fiducia mercantil mediante una orden legal y en calidad de fideicomitente, no puede disponer de los recursos del patrimonio autónomo, ni decide sobre su inversión, ni sobre sus gastos, ya que los recursos no hacen parte de su patrimonio y se encuentran destinados a una finalidad específica, de suerte que los recursos escapan a cualquier acto de arbitrio de las personas que participaron en su constitución.

Puntualiza 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, porque 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 en el 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 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.

Concluye que no existe relación entre el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada y el Ministerio de Educación Nacional, ya que la responsabilidad de proferir el acto administrativo se encuentra supeditada a la capacidad nominadora por medio del cual se reconoce o no la prestación social del docente, la cual está en cabeza de las Secretarías de Educación, entendiéndose que en la entidad territorial se radica la

competencia del respectivo acto administrativo y por otro lado, la capacidad pagadora en cabeza de la sociedad fiduciaria, en este caso Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que ejerce control de disponibilidad de recursos y actividades de verificación sobre los aspectos formales y sustantivos de la decisión que se pretende adoptar con el proyecto de acto administrativo en el campo de la responsabilidad fiduciaria en virtud del estatuto orgánico del sistema financiero y de la Ley mercantil.

-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 del Municipio de Neiva, 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.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 64-81)

El Juzgado Primero Administrativo de Neiva, mediante sentencia dictada en audiencia el 3 de diciembre de 2018 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de Prescripción conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No.1468 del 07 de junio de 2017, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a la docente de vinculación nacional EMILIA IBAGON SÁNCHEZ.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, reliquidar y pagar a la señora EMILIA IBAGON SÁNCHEZ, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 36.184.428, las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el **26 de marzo de 2017**, 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 y la prima de vacaciones; **deberá ser incluida la prima de navidad y 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, como se indicó en la parte considerativa de este fallo.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas..."

Sostuvo el *a quo* que el régimen jurídico aplicable al personal docente en materia de pensión ordinaria de jubilación contempla la Ley 6 de 1945, el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto Nacional 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 60 de 1993, la Ley 100 de 1993, la Ley 115 de 1994, la Ley 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, la sentencia C-506 de 2006 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Que en la última sentencia citada, se fijó los criterios de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos cobijados por el régimen de transición y fijó una regla jurisprudencia respecto del IBL en el régimen de transición: "(...) El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985."

Que de igual forma, se definieron dos subreglas para los beneficiarios del régimen de transición a efectos de la liquidación del IBL, la primera para aquellos servidores públicos que se pensionen conforme a las disposiciones de la Ley 33 de 1985 y se precisó que los docentes afiliados al FNPSM **están exceptuados** del Sistema de Seguridad Social en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, siendo el régimen de pensión previsto para ellos la Ley 91 de 1989, por lo que la regla y primera subregla jurisprudencial no los cobija e indicando de igual manera, que en cuanto a la pensión de los docentes vinculados después del 26 de junio de 2003, se adquiere según el sistema general de pensiones, con excepción de la edad de pensión de vejez en cuanto a años (57 para hombres y mujeres) según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Respecto de la segunda subregla señala que, da cuenta de los factores salariales a incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, que son sobre los que se hubieren realizado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, subregla fundamentada en la Constitución Política, en los artículos 1º que consagra el principio de solidaridad, el artículo 48, que define la Seguridad Social sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos establecidos en la Ley y por ello se remite al artículo 2 de la Ley 100/93 que consagra: “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

De acuerdo a lo anterior, encontró que la norma más ajustada al artículo 48 superior, es la consagrada en la Ley 33 de 1985, que prevé que los factores sobre los que haya realizado aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de las pensiones.

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1. PARTE DEMANDANTE (fls. 88-90)

El apoderado de la parte actora, inconforme con la decisión, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que no está de acuerdo con el fallo de primera instancia, donde **no reconoce las horas extras y la bonificación mensual D.C. 1566 1 junio/14 – 31 diciembre/15 como factor salarial**, si el docente en su último año en que adquirió el status pensional aparece con estos factores

salariales en su formato de salario y analizando el régimen prestacional para los maestros, es el mismo que se aplica a los servidores públicos.

Que la docente ingresó a laborar antes del 26 de junio del 2003, siendo la norma aplicable la Ley 33 de 1985 donde se debe promediar para su pensión todos los factores salariales devengados en el último año en que adquirió el status pensional, aclarando que también es aplicable la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2 literal B, que manifiesta que para los docentes se aplicará como pensión de jubilación el equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Puntualiza que el a quo hace un análisis sobre el tema y mediante fallo parcialmente positivo ordena reconocer la prima de navidad y la prima de servicios como factor salarial, dejando por fuera las horas extras y la bonificación mensual DC. 1566 1 junio/14-31 diciembre/15 que también estaba certificada en su último año en que adquirió el status pensional la docente.

Aclara, que si bien la Corte Constitucional profirió sentencias de unificación como la 230 del 2015 y la 395 del 2017, estas decisiones solamente aclaran que los regímenes de transición se le debe aplicar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en especial su inciso 3 que trata del IBL, donde manifiesta que el promedio salarial se debe tomar de los últimos 10 años o de todo el tiempo si es más favorable, donde exceptúa los maestros especialmente la sentencia del 28 de agosto de 2018 que excluye al sector de los servidores públicos.

Concluye que a los docentes aparte de tener un régimen especial, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no se aplica a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, razón suficiente para concluir que al demandante se le debe liquidar su pensión con todos los factores salariales que devengó al momento de adquirir su status, donde aclara que a los docentes se les debe aplicar el 75% del promedio del salario mensual devengado siendo esta una norma especial que regula a los docentes colombianos vinculados antes del 26 de junio del 2003.

Precisa que se vio en la necesidad de presentar el recurso de apelación, porque los factores salariales no se tuvieron en cuenta en la decisión de primera instancia, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 hace una descripción legal de cuáles son los factores de salario que se deben

computar para una pensión y dentro de estos están las **horas extras y la bonificación mensual DC. 1566 1 junio/14-31 diciembre/15**, aclarando que este artículo y la Ley no han sido derogados.

5.2. PARTE DEMANDADA (fls. 85-87)

La entidad demandada interpone recurso de apelación, indicando que la Ley 91 de 1989, establece en el parágrafo del artículo 1º que se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad y de igual manera el artículo 2º del Decreto 3752 de 2003, señala que “se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad”.

Que el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, indica que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre el cual se realiza aportes al docente.

Agrega que el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Resalta que para ser beneficiario de la excepción y quedar sujeto a la normativa anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario para esa fecha, haber cumplido 15 años de servicio y de otra parte, la excepción solo comprendía lo relacionado con la edad de jubilación, de lo cual se desprende que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido en la excepción.

Por lo anterior indica, que no le asiste derecho al demandante, en relación con la normativa que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes el último año de servicio y según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones

sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que venían gozando y para el caso de los nacionales, se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional, en consecuencia, debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989 era la Ley 33 de 1985, por lo que concluye que solo puede tenerse en cuenta los factores sobre los cuales se hayan efectuado aportes a pensión.

Cita la sentencia de unificación de la Corte Constitucional 230 de 2015, indicando que frente al tema, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición, se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo, concluyendo el retiro del ordenamiento jurídico del IBL del régimen especial de congresistas y demás servidores públicos, a los que le era aplicable el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992, porque violaba los artículos 13 y 48 de la Constitución, lo que conllevó a que se creara un vacío respecto de la regla del ingreso base de liquidación que debía aplicarse para la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen especial del artículo 17, vacío que se llenó considerando compatible la aplicación de la regla general del ingreso base de liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario se conduciría a una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría la forma absoluta del derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio.

También cita la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, CP César Palomino Cortés, radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01, aclarando que la misma toma en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficacia.

Culmina sosteniendo que queda demostrada la falta de prosperidad de las pretensiones incoadas en la acción promovida, referente a la inclusión de todos los factores salariales devengados por la docente reclamante, toda vez que solo se deberán tomar en cuenta aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

6.1. PARTE DEMANDANTE. (fls. 14 C. 2 instancia)

Solicitó que se tuvieran en cuenta los argumentos señalados en el recurso de apelación y los que adujo en los alegatos de conclusión.

6.2. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (fls. 16-31 C. 2 instancia)

Presentó alegatos de manera extemporánea.

6.3. MINISTERIO PÚBLICO. (fls. 32 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. 1468 del 7 de junio de 2017, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE NEIVA- le reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la docente EMILIA IBAGON SÁNCHEZ 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 3º. 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.

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 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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. 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...

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

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 4º, que este fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación 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

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

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 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

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

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 de 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.

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

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).

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

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: (...)

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

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. 81º 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.

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:

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 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.*

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 periodo 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.

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.

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 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.*

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.

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

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:

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Municipio de Neiva Huila, mediante Resolución No. 1468 del 7 de junio de 2017, reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora EMILIA IBAGON SÁNCHEZ, en cuantía de \$2.443.857, a partir del 25 de marzo de 2017. (fl. 10)
- Los **factores salariales** tenidos en cuenta por la entidad demandada para determinar el ingreso base de liquidación fueron *la asignación básica mensual y la 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.
- De acuerdo con el formato único para la expedición de **certifica de salarios** de la señora EMILIA IBAGON SÁNCHEZ, devengó en el último año de servicio, los siguientes haberes laborales: *asignación básica; bonificación mensual docentes, pago incapacidad común ambulatoria, pago sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente.* (fl. 16)

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

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). [...]»

salariales *devengados* en el último año de servicio anterior a adquirir el estatus de pensionado.

Al contrario, la parte demandada estima que lo procedente es negar las pretensiones de la demanda, estando liquidada la prestación con los factores habilitados por la Ley.

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 EMILIA IBAGON SÁNCHEZ, devengó en el último año de servicios asignación básica; bonificación mensual docentes, pago incapacidad común ambulatoria, pago sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente y que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 1468 del 7 de junio de 2017, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.443.857, a partir del 25 de marzo de 2017, tomando como factores de liquidación la *asignación básica y doceava de la prima de vacaciones*.

En punto de las *horas extras* que reclama la demandante que se incluyan en la liquidación de su pensión de jubilación, **no se acreditó que en el último año de servicios se hubieren devengado**, puesto que en el formato único para la expedición de certificación de salarios se anexan horas extras del mes de septiembre del año 2015 y el último año de servicios de la actora corresponde del 24 de marzo de 2016 al 24 de marzo de 2017, por lo tanto no procede ordenar se incluyan las mismas en la liquidación de la prestación.

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 2016¹⁰, 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.

Por último, en cuanto a la **bonificación mensual** se tiene que no figura como factor salarial en la Ley 62 de 1985, pero 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 salarial¹¹ para todos los efectos legales y

¹⁰ Consejo de Estado. Sección 2ª. Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. CE-SUJ21500133333333333301020130013401 (3828-2014)

¹¹ **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.

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 Estado¹² al resolver una acción de tutela, amparó el derecho fundamental al debido 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 Segunda¹³ 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 1° de la Ley 33 de 1985.

77. La postura en mención, no deviene irracional teniendo en cuenta que, si

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 ARTICULO 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.

¹² Sección Quinta. Sentencia del 31 de octubre de 2019. CP: Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2019-04192-00.

¹³ Subsección A. sentencia del 28 de junio de 2012 con No de radicado 13001-23-31-000-2005-01005-01

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 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.”

En esa medida, a la actora le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada pero incluyendo en el IBL la mencionada bonificación mensual y como la demandada no lo hizo al momento de reconocer el derecho, debe ordenarse, no obstante, se modificará la decisión recurrida, que declara la nulidad parcial del acto acusado en tanto no incluyó ese factor salarial y a su vez excluir la prima de navidad y la prima de servicios, los cuales como se explicó no pueden hacer parte del restablecimiento respectivo.

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

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

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.

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

En el caso examinado, no se impuso condena en costas en primera instancia y, por ende, se confirma igualmente este aspecto. En esta instancia, como no existe prueba de gastos o expensas en que hubiere incurrido la entidad demandada, atendiendo los criterios antes señalados y lo previsto en el artículo 365 numerales 5 y 8 del CGP, no se condenará en costas.

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 Primero Administrativo de Neiva, el 3 de diciembre de 2018, el cual quedará así:

TERCERO.- CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN

expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

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). Igualmente, en reciente decisión la Sección Segunda. Subsección A., al resolver una acción de tutela, amparó el derecho de acceso a la administración de justicia y dejó sin efectos esa condena en costas. **Sentencia del 23 de enero de 2020**. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Rad.: 11001-03-15-000-2019-04677-00(AC)

NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación de la señora EMILIA IBAGÓN SANCHEZ identificada con la C.C. No.36184428, las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el 26 de marzo de 2017, 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 y la prima de vacaciones, deberá ser incluida la **bonificación mensual**. 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, como se indicó en la parte considerativa de este fallo.

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



GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA

Magistrado (Aclara voto)



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Magistrada - (Salva voto)