



## 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	CELMIRA TÉLLEZ BENAVIDEZ
DEMANDADO	NACIÓN-MINEDUCACIÓN-FONDO NACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DECISIÓN	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 57
RADICACIÓN	410013333002-2018-00200-01
APROBADO EN SALA VIRTUAL	ACTA No. 18 DE LA FECHA

### ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 7 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

#### 1. LA DEMANDA. (Fls. 4-19 C. Ppal ).

CELMIRA TÉLLEZ BENAVIDEZ, mediante apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, y solicita que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 2014 del 30 de abril de 2015, “*por el cual se reliquida una pensión vitalicia de jubilación*”, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional

sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

### 1.2. Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que prestó sus servicios como docente oficial y cumplió con los requisitos para obtener la pensión de jubilación.
- Que dicha pensión se liquidó teniendo en cuenta como factores computables la *asignación básica*, *prima de navidad* y *prima de vacaciones*, sin embargo, no incluyó la *bonificación mensual* y la *prima de servicios* percibidas por la docente durante el último año de servicios anterior a su retiro definitivo.

### 1.3. **Normas violadas y concepto de violación-**

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 1 de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 y la Ley 71 de 1988.

Expone que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció el régimen prestacional de los docentes, el cual fue prorrogado con la Ley 1151 de 2007, de las cuales concluye que el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como referencia la fecha en la cual fue vinculado al servicio educativo estatal, pues si fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esa fecha, pero si fue posterior, están bajo el régimen pensional regulado por la Ley 100 de 1993.

Transcribe el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 para referir que el mismo, pone en evidencia, que la inclusión de los factores salariales en la pensión de jubilación reclamada por el actor, se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta que para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional se deben computar todos los factores salariales que devengó el docente durante el último año de prestación del servicio.

Cita las sentencias del Consejo de Estado de unificación del 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 9 de febrero

de 2012 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, para concluir que se debe atender el precedente judicial, el cual acogiendo los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas, establece que la lista de los factores salariales de la Ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización.

Por último, precisa que si a la docente demandante, no le fue realizado el descuento en sus primas y bonificaciones percibidas en actividad docente, debe ordenarse el mismo en el último año de servicio y a su vez incluirse el valor de sus prestaciones sociales y salariales en el valor de su pensión.

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 72).

Guardó silencio.

## 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 133-144)

El Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, mediante sentencia dictada en audiencia el 7 de junio de 2019, negó las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas a la demandante, al considerar que no era procedente incluir ningún factor salarial en la pensión de jubilación de la demandante.

Frente a la **bonificación mensual** sostuvo que la demandante solo argumenta que se desconoce el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045 de 1978, el cual se debe tener en cuenta al momento de liquidar, no obstante, no señala norma ni explica nada respecto de tal bonificación, además porque en el proceso no fue aportado el certificado de factores salariales que acredite que dicha bonificación fue devengada por la demandante y que la misma constituye factor salarial, pues pese a existir los comprobantes de pago, dicha prueba no acredita, ni da certeza de que la bonificación mensual sea factor salarial y se haya realizado los correspondientes aportes.

En cuanto a la **prima de servicios** se refirió a lo establecido en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 14 de abril de 2016 y concluyó que, si bien la prima de servicios constituye factor salarial para ciertas prestaciones económicas, no lo tiene para la pensión de jubilación.

#### 4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 147-156 C.Ppal)

La apoderada judicial de la parte accionante presentó recurso de apelación contra la sentencia solicitando sea revocada en su integridad y en su lugar se accedan a la totalidad de las pretensiones de la demanda atendiendo al precedente jurisprudencial emitido por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010.

Expone que la el fallo se fundamenta en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 donde se estableció la base de liquidación de las pensiones del personal docente, no obstante la demanda fue presentada en vigencia de la sentencia emitida el 26 de agosto de 2010 y conforme a la posición que tenía el Consejo de Estado, por lo que se vulneró la confianza legítima en la administración de justicia, pues los usuarios y los abogados se sintieron con confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción conforme al precedente jurisprudencial, y en tal sentido cumplieron con todas las cargas procesales que ello implica, en aras de no propiciar procesos judiciales que congestionen la justicia, cuando estos no poseen un lineamiento de vocación real de prosperidad.

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

Sostiene que las sentencias de unificación tienen como finalidad evitar sentencias contradictorias y así evitar la vulneración de los derechos de las personas y garantizar una seguridad jurídica en que los asuntos se resolverán conforme a esa posición, no obstante la sentencia del 25 de abril de 2019 contradice la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 sin

argumentos objetivos, proporcionales y claros afectando además los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales, por lo que insiste que el Consejo de Estado emitió una nueva sentencia de unificación afectando los derechos de las personas que se encontraban a la espera que la administración de justicia decidiera.

Manifiesta que existe una cosa juzgada relativa en la sentencia del 4 de agosto de 2010 en la que se estudió detalladamente cuales eran los factores salariales que debía tener en cuenta la entidad al momento de reconocer la pensión, decisión que actualmente continua vigente y es contraria con la sentencia del 25 de abril de 2019, y en consecuencia el desconocimiento de la sentencia del 4 de agosto de 2010 se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

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

Concluye que se debe analizar cual jurisprudencia aplicar al caso presente pues la sentencia del 2019 no dejó taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010, por lo que insiste que el actor tiene derecho al pago de su pensión con todos los factores salariales.

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.**

##### **4.1. PARTE DEMANDANTE (fl. 14-26 C. 2. instancia)**

Reitera los hechos de la demanda y los argumentos del recurso de apelación, se refiere a la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 2018, proceso 2012-00143-01 y señala que los temas que se debaten en la misma, no tienen que ver con la demandante, pues se trata de la aplicación de los factores salariales de los empleados públicos, que son cobijados por el régimen de transición, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición normativa que no le resulta aplicable, por tener otras disposiciones que regulan su situación pensional al momento de adquirir el derecho.

**4.2. PARTE DEMANDADA** (fls. 30-32 C. 2. instancia)

Guardó silencio.

**4.3. MINISTERIO PÚBLICO** (fl. 33 C. 2. instancia)

No rindió concepto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO:**

Como el *a quo* negó las súplicas de la demanda, la Sala debe resolver *¿si está afectada de nulidad parcial la Resolución No. 2014 del 30 de abril de 2015, expedida por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA, mediante la cual se le reliquida la pensión vitalicia de jubilación a la docente CELMIRA TELLEZ BENAVIDEZ y si como consecuencia, tiene derecho a que 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 pensional 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; iii) Legitimidad en la causa del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y iv) 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 1985<sup>1</sup>, excepto para quienes se hallaran en el régimen de transición previsto allí<sup>2</sup> 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.*

*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.”<sup>3</sup> (Subraya la Sala)*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *“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.”*

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

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 encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas

comunes aplicables a todos los trabajadores del país<sup>4</sup>, 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 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*

---

<sup>4</sup> Artículos 6 y 11 de la Ley 100 de 1993.

*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 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció:

*“Artículo 1° (...)*

*Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada Ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las Leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.*

Conforme a lo anterior, se puede concluir que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada Ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los

pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

La Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, NO prevén un régimen especial pensional para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones. Además, las pensiones de jubilación de los docentes, reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”<sup>5</sup>.

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003<sup>6</sup>, 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 los artículos 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985, señaló expresamente los factores salariales sobre los cuales los empleados públicos debían aportar para efectos pensionales:

---

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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

*“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 pronunciando<sup>7</sup> en el sentido liquidar la pensión de jubilación de los docentes oficiales afiliados al FOMAG con los factores salariales del último año de servicios sobre los que hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, y

<sup>7</sup> 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.**

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: ***“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”***.

La Sección Segunda, sustentó esta tesis en lo siguiente:

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 1º 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 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º 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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.*

7. *En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:*

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación***

***básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)***

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

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

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

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

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

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

***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo 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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

***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***

<sup>8</sup> 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.

*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 Política<sup>9</sup>.

De tal manera que y 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 se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

### 3. EL CASO EN CONCRETO

De las pruebas oportuna y legalmente aducidas en el proceso, se desprende lo siguiente:

- El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento del Huila, mediante Resolución No. 0316 del 4 de febrero de 2010, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante CELMIRA TELLEZ BENAVIDEZ, por los servicios prestados como docente de vinculación nacionalizado

---

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

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

- Que el docente se retiró del servicio de la docencia a partir del 13 de enero de 2015, mediante Decreto 1396 del 5 de diciembre de 2014.
- Que la docente solicitó el 16 de febrero de 2015 la reliquidación de su pensión de jubilación, siendo resuelta mediante la Resolución No. 2014 del 30 de abril de 2015, en la que se establece que la actora estuvo vinculada como docente desde el 18 de septiembre de 1979 hasta el 12 de enero de 2015 con un tiempo de servicios de 35 años, 3 meses y 25 días laborados.
- Para determinar el ingreso base de liquidación la entidad tuvo en cuenta la *asignación básica, la doceava parte de la prima de navidad y la doceava parte de la prima de vacaciones*, a las cuales le aplicó el 75% del promedio devengado en el último año de servicios, arrojando una mesada pensional de \$2.295.260, efectiva a partir del 13 de enero de 2015.
- Según *comprobantes de nómina* expedidos por la Secretaría de Educación del Departamento del Huila, visibles a folios 25 a 44, se tiene que la señora CELMIRA TELLEZ BENAVIDEZ prestó sus servicios como docente y en el último año de labores, esto es, desde el 13 de enero de 2014 al 13 de enero de 2015, devengó los siguientes factores: *sueldo básico, pago de sueldo de vacaciones, prima de servicios, bonificación mensual D.C. 1566 1junio/14-31 diciembre/15, prima de vacaciones, prima de navidad.*

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

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 la docente devengó en el último año de servicios *sueldo básico, pago de sueldo de vacaciones, prima de servicios, bonificación mensual D.C. 1566 1junio/14-31 diciembre/15, prima de vacaciones, prima de navidad* y que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, y la misma fue reliquidada mediante la resolución No. 2015 del 30 de abril de 2015 tomando como factores de liquidación la *asignación básica mensual, 1/12 prima de navidad y 1/12 prima de vacaciones*.

Respecto a la *prima de servicios* que la demandante reclama como factor salarial a tener en cuenta en su pensión de jubilación, encuentra la Sala que tal emolumento no está previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, ni en el régimen especial previsto en la Ley 91 de 1989 y tampoco está acreditado que se hubieren cotizado sobre este factor.

En lo relacionado con la *prima de navidad y de vacaciones* que fueron incluidas por la entidad demandada en la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto, debido a que se trata de un tema que no ha sido debatido en el proceso, pues lo pretendido por la demandante era que se incluyeran además de los factores salariales ya reconocidos, aquellos que no fueron incluidos por la entidad demandada y que había devengado en el último año de servicios.

Sin embargo, se advierte que la demandante devengó el concepto de **bonificación mensual DC. 1566 1 junio/14- 31 diciembre/15**, y que el mismo no fue incluido en la reliquidación de la pensión y como se verá a continuación, al tenor de lo previsto en el Decreto 1566 de 2014, este emolumento SI tiene efectos salariales y debió ser tenido en cuenta por la entidad demandada al momento de reconocer y liquidar la pensión al actor y es la razón por la cual se revocará la sentencia y se accederá parcialmente a lo pretendido en la demanda, a fin de ordenar la reliquidación de la pensión de la actora incluyendo este factor salarial.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014, creó esta bonificación mensual para el sector docente y le dio efectos salariales así:

**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...”*

Sobre este tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>10</sup> 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

<sup>10</sup> Sección Quinta. Sentencia del 31 de octubre de 2019. CP: Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2019-04192-00.

anterioridad la Sección Segunda<sup>11</sup> ya había resuelto igual pretensión y porque en virtud del principio de favorabilidad laboral y dando una interpretación sistemática a la situación pensional de los docentes, así debe procederse.

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

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

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

*78. Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que estableció que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.*

*79. A partir del anterior contexto y en virtud del principio de favorabilidad laboral se considera que se debe amparar el derecho fundamental del actor en aras de que el Tribunal accionado efectúe una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia, en consonancia con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, y como consecuencia, reliquide la pensión del señor*

---

<sup>11</sup> Subsección A. sentencia del 28 de junio de 2012 con No de radicado 13001-23-31-000-2005-01005-01

*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 resumen, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en virtud del precedente y marco normativo expuestos, pues si bien solo es posible incluir en la pensión de jubilación de los docentes, los factores salariales que aportaron al sistema pensional en el último año de servicios, en este caso la docente acreditó haber devengado al sistema pensional la llamada *bonificación mensual docentes del Decreto 1566 de 2014* y por tanto, tiene derecho a que se incluya como factor salarial en su pensión de jubilación desde el momento en que la devengó y cotizó, en tanto que se trata de un emolumento creado con este específico efecto salarial pensional.

De las sumas reconocidas y en caso de que no se haya hecho, se deducirán los aportes que corresponden a la demandante por los factores devengados y que no fueron realizados en el tiempo de su causación, los cuales se actualizarán en la misma forma que se acabó de indicar para las diferencias de las mesadas causadas.

Finalmente, como quiera que el derecho pensional se causó el 30 de abril de 2015, fecha de expedición del acto administrativo demandado, y la demanda se presentó el 13 de junio de 2018<sup>12</sup>, es evidente que se ha configurado la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, por eso dicha exceptiva se declarará probada y se declararán prescritas las diferencias pensionales anteriores al *30 de junio de 2015*.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que **solo es posible incluir en la pensión de jubilación de estos empleados -docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- los factores salariales que se indican en la Ley y sobre los cuales aportaron al sistema pensional en el último año de servicios en que adquirieron el status de pensionado y porque además no se probó que hubiere cotizado al sistema sobre los factores aquí reclamados, excepto la bonificación mensual creada**

---

<sup>12</sup> Folio 22

**mediante el Decreto 1566 de 2014, la cual si tiene efectos salariales pensionales.**

**4. CONDENA EN COSTAS**

En cuanto a las costas<sup>13</sup>, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P.; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y pasando a un criterio objetivo-valorativo.

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.<sup>14</sup>

En el caso examinado, como se revoca la sentencia no habrá condena en costas en ninguna de las instancias, pues 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 y porque, además, no se condenó en costas en primera instancia.

## DECISIÓN

---

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

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. **Sentencia del 8 de febrero de 2018**. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019**. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160)

En 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: REVOCAR** la sentencia del 7 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva.

**SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas a partir del 13 de junio de 2015.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 2014 del 30 de abril de 2015, expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría Departamental del Huila

**CUARTO: CONDENAR**, a título de restablecimiento del derecho, a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, reliquidar y pagar la pensión de jubilación que devenga la señora CELMIRA TELLEZ BENAVIDEZ, a partir del 13 de junio de 2015 y hasta que se incluya en nómina, con los factores salariales ya reconocidos, la doceava parte de la bonificación mensual DC. 1566 1 junio/14- 31 diciembre/15, devengada por la demandante en último año de servicios y aplicando para el efecto una tasa de reemplazo del 75%.

Así mismo se ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuar el descuento correspondiente al factor salarial en mención -bonificación mensual-, en caso tal de que no se hayan hecho las deducciones legales pertinentes.

**QUINTO:** Las diferencias que resulten de la reliquidación serán ajustadas en los términos del inciso 4° del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, conforme la siguiente fórmula:  $R=RH \text{ índice final}/\text{Índice inicial}^{15}$  y los

---

<sup>15</sup> En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir en índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

intereses previstos en el numeral 4° del artículo 195 de la misma normatividad, en cuanto se den los supuestos de hecho allí determinados.

**SEXTO: NEGAR** las demás súplicas de la demanda.

**SEPTIMO: SIN CONDENA** en costas en ninguna de las instancias.

**OCTAVO:** En firme esta providencia y previas las anotaciones que corresponden, envíese el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE**



**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**

**Magistrado Ponente**



**GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA**

**Magistrado – (Aclara voto)**



**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

**Magistrada (Salva voto)**