Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M. P. DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

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

MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**YOLANDA DÍAZ DE SERRANO**
DEMANDADO	**NACIÓN–MINEDUCACIÓN–FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
DECISIÓN	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 45**
RADICACIÓN	**41001-33-33-003-2018-00064-01**
APROBADO EN SALA VIRTUAL	**ACTA No. 16 A de la fecha**

ASUNTO

Una vez agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia del 2 de abril de 2019, proferida en audiencia por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva y mediante la cual **negó** las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA. (Fls. 1-16 C. Ppal)

YOLANDA DÍAZ DE SERRANO, 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. 0402 del 21 de julio de 2010, *"por el cual se reconoce y ordena el pago de una*

pensión vitalicia de jubilación", en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

1.2. Refiere los siguientes **HECHOS:**

- Que prestó sus servicios como docente oficial y cumplió con los requisitos para obtener la pensión de jubilación, la cual le fue reconocida por la entidad demandada mediante Resolución No. 0402 del 21 de julio de 2010 (sic).

- Que dicha pensión se liquidó teniendo en cuenta como factores la *asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones y sobresueldo*, sin embargo, no incluyó la *bonificación mensual y la prima de servicios*, percibidas por la docente durante el año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada.

1.3. Normas violadas y concepto de violación-

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

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

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

reliquidación solicitada, desconoció el contenido de la Ley 91 de 1989 y del Decreto 1045 de 1978.

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

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

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 64-70 C. Ppal)

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

Propone como excepciones las siguientes:

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

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

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

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

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

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

Agrega que en la órbita del cuidado financiero de los recursos en donde el patrimonio autónomo Fondo del magisterio actúa, a través de la sociedad vocera la FIDUPREVISORA y en ese orden, fue un acto emitido por la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la cual está adscrito el docente demandante, el que negó en sede administrativa las pretensiones incoadas por la parte actora, por lo que es a dicha entidad a quien le corresponde asumir las consecuencias favorables o desfavorables de la presente litis, habida cuenta de la relación pública, jurídica y sustancial relacionada con el acto administrativo demandado.

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

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

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

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

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 62 64 – CD fl.65)

El Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 2 de abril de 2019, negó las pretensiones de la demanda y no condenó en costas a la demandante.

El *a quo* se refirió al marco normativo y jurisprudencial de la pensión de jubilación para los docentes oficiales, destacando que en virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, quienes se vincularon antes de su entrada en vigencia, los cobijará el régimen prestacional anterior y a los vinculados con posterioridad a su vigencia, les vincula el régimen de prima media establecida en la Ley 100 de 1993.

Precisó que el régimen anterior está consagrado en la Ley 91 de 1989 y ésta a su vez remite a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de esa anualidad, la cual establece una pensión de jubilación con el 75% de todos los salarios devengados en el último año de servicio, por lo que es claro que el personal docente estatal no goza de un régimen pensional especial, sino que se rige por el de los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional.

Indicó que el régimen pensional de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, es la referida Ley 33 de 1985, cuya interpretación había regulado el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, no obstante, recientemente dicha corporación con sentencia del 28 de agosto de 2018 expuso la interpretación que se le debía dar al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijando una seria de reglas a saber: i) el ingreso base de liquidación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacia parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del régimen en el que se pensionaran (edad, tiempo de servicios y demás previstas en la Ley 33 de 1985) y ii) los factores a incluir en las pensiones causadas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, con arreglo a la Ley 33 de 1985, son solamente aquellos sobre los cuales se hicieron los aportes para pensión y están listados en la Ley 62 de 1985.

Adujo que el criterio referido sería el aplicable al presente asunto, como quiera que la nueva postura del Consejo de Estado es de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la Republica.

En el caso concreto indicó que la demandante solicitó la inclusión de la *bonificación mensual y la prima de servicios* y conforme al certificado de salarios aportado la misma fue percibida, no obstante al

estar regida por la Ley 91 de 1989 y en virtud de esta la Ley 33 y 62 de 1985, los factores devengados en el año anterior a la obtención del estatus pensional y cuya inclusión solicitó en el IBL, no figuran enlistados en el artículo 3 de la citada Ley 33, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1989, por lo que la reliquidación deprecada es improcedente y por tal razón, el acto atacado no ha quebrantado el ordenamiento jurídico.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 101-114 C. Ppal))

La apoderada de la parte actora, inconforme con la decisión, interpone recurso de apelación, manifestando que el personal del magisterio NO es sujeto de los asuntos establecidos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el proceso 2012-143, que define las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que así mismo y teniendo en cuenta que para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tratarse de empleados públicos de régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989 y reiterando que son exceptuados de la aplicación de los parámetros establecidos por el régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa a que se refiere en la Ley 812 de 2003, que se debe aplicar a los afiliados con posterioridad al 26 de junio de 2003, los docentes no hacen parte del grupo de trabajadores que se les debe aplicar la citada sentencia de unificación, sino que son cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, norma especial para este grupo de empleados públicos.

Cita el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 22 de noviembre de 2007; la sentencia del 16 de marzo de 2017; C-486/2016 de la Corte Constitucional, el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005 y concluye que no se le puede atribuir a los trabajadores, que son docentes al servicio de la educación pública, que a través del tiempo han logrado reconocimientos laborales, que se consolidan en nuevos factores salariales, posteriores a la

expedición de la Ley 33 y 62 de 1985, que en su pensión de jubilación no sean tenidos en cuenta los emolumentos recibidos, que por una omisión del encargado de las liquidaciones, que no hizo los descuentos correspondientes, se soslayen los derechos por los cuales se ha trabajado por más de 20 años.

Precisa que la confianza legítima y buena fe, son principios que deben ser considerados por las autoridades y los particulares, que deben ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios; siendo preciso que garanticen estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que "así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relaciona, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas, ni la puede hacer la propia justicia, que es la que determina la verdadera situación particular que debe examinarse en el presente asunto".

Por último se refiere a la retrospectividad, acotando que en materia laboral procede cuando los derechos prestacionales, como la pensión, deben decidirse jurídicamente, ya sea con los postulados legales y/o jurisprudenciales vigentes al ocurrir el hecho que fundamenta el derecho, como es el caso de la consolidación del derecho al reconocimiento pensional, esto es, la adquisición del status pensional, con aquellos fundamentos que sean más favorables para el trabajador, dando alcance al principio de favorabilidad, y por lo tanto, en el caso de los trabajadores cobijados por la Ley 33 de 1985, como es el caso de la demandante, que consolidaron su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se le deben incluir los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del reconocimiento pensional.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA INSTANCIA.

4.1. PARTE DEMANDANTE. (fls. 13-25 C. 2 instancia)

Reitera los argumentos del recurso de apelación y precisa que el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho, puesto que desconoce lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045 de 1978, el cual debe tenerse en cuenta al

momento de liquidar dicha pensión de jubilación, toda vez, que los factores salariales enunciados por ese decreto, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación son superiores a los que se tomaron en cuenta para establecer el monto de la mesada pensional, pues se excluye por completo los factores devengados por la actora, lo que arroja como resultado, la regresividad en los derechos sociales del mismo.

4.2. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MINISTERIO PÚBLICO. (fl. 27-36 C. 2 instancia)

Aduce que la demandante ingresó al servicio antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003; por lo tanto, el régimen pensional aplicable es la Ley 33 de 1985 y en tal virtud, no es procedente incluir la *prima de servicios*, ni la *bonificación mensual DC 1566*, porque los factores que integran el IBL son exclusivamente los que se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales se hubiera cotizado, situación que no se acreditó en el proceso y por lo tanto, que no procede incluirlos, tal como lo sostuvo el a quo.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO. (fls. 57 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. 0402 del 21 de julio de 2010, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la docente YOLANDA DIAZ DE SERRATO, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y si como consecuencia, tiene derecho a se incluya todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?*

2. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

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

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

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

> *"Art. 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...)*
>
> *b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a..."*

Este régimen pensional estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 33 de 1985[1], excepto para quienes se hallaran en el régimen de transición previsto allí[2] 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:

---

[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.".

"***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."[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,

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

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[4], 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.

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

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

> *"**Artículo 6º.** (...)*
>
> *El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. (...)"*

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

> *"**Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales**. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)".*

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

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

Conforme a lo anterior, se puede concluir que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, no son beneficiarios del régimen de transición

establecido en el artículo 36, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada Ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

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

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003[6], 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

---

[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

pensión de jubilación de estos servidores públicos en su condición de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

> *"**Artículo 3.-** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los **aportes** que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su inversión se impute presupuestalmente como funcionario o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario realizado en hora nocturna o en día de descanso obligatorio.*
>
> *En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."*

La Ley 62 de 1985, modificó lo anterior así

> *"**Artículo 1º:** (…)*
>
> *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[7] en el sentido liquidar la pensión de jubilación de los docentes oficiales afiliados al

[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,*

FOMAG con los factores salariales del último año de servicios sobre los que hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, y no con el promedio de los factores salariales que hubiere devengado en ese periodo ni con los cotizados en los últimos diez (10) años, como lo señala la Ley 100 de 1993, dando aplicación a la SEGUNDA SUBREGLA fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 28 de agosto de 2018, en cuanto sostuvo que debía rectificarse la tesis expuesta en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debido a que reñía con el principio de sostenibilidad financiera, esto es, la indicada en el numeral 96 y que señala: ***"96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones."***

Pues bien, en reciente pronunciamiento la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. César Palomino Cortés, emite Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 el **25 de abril de 2019**, Rad.: 68001233300020150056 9-01 (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.***

---

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.

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

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

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de* ***servicio docente*** *y ii) los* ***factores*** *que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son:* ***asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (…)***

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

8. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del ***régimen pensional de prima media*** *en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la* ***edad****, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años*[8]*. 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 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.”***

[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.

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[9].

De esta manera 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 en vía administrativa y judicial; 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 Municipal de Neiva, mediante Resolución No. 0402 del 21 de julio de 2010, reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora YOLANDA DÍAZ DE SERRANO, al constatar que nació el 11 de diciembre de 1954 y cumplió con el status de jubilada el 11 de diciembre de 2009, prestando sus servicios como *docente nacionalizado* desde el 31 de enero de 1974 al 11 de diciembre de 2009, es decir, al laborar un total de 35 años, 10 meses y 12 días. (fl. 20 C. Ppal)

- Los factores salariales tenidos en cuenta por la entidad demandada para determinar el ingreso base de liquidación fueron *la asignación básica, sobresueldo, doceava de la prima de vacaciones y una*

[9] La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.
En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[…] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de Ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). […]»

doceava de la prima de navidad, devengados en el último año de servicios anterior al status, aplicando el 75% de tales factores y arrojando una mesada pensional en cuantía de $2.314.193.

- Mediante Decreto No. 0536 del 2 de julio de 2014, expedido por la Alcaldía Municipal de Neiva, le fue aceptada la renuncia a la docente YOLANDA DÍAZ DE SERRANO a partir del 14 de julio de 2014.

- De acuerdo con los comprobantes de nómina allegados a folios 23-47, durante el último año de servicios, esto es, del 14 de julio de 2013 a 14 de julio de 2014, la señora YOLANDA DÍAZ DE SERRANO, devengó los siguientes haberes laborales: *asignación adicional coordinador 20%; sueldo de vacaciones, sueldo básico; prima de vacaciones docentes, prima de navidad, prima de servicios.*

- A folio 47, se observa el comprobante de nómina a 31 de agosto de 2014, en donde se especifica que devengó *bonificación mensual 1 junio/14-31 diciembre/15*, no obstante, para esa fecha, la demandante ya se había retirado del servicio, pues ya se le había aceptado la renuncia a partir del 14 de julio de 2014.

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

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 FOMAG por estar expresamente exceptuados en el Art. 279, sino que sencillamente se acude a verificar el momento de la vinculación del docente con el sector educativo oficial, es decir, su régimen dependerá si su vinculación se produjo con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Precisa la Sala, que en este caso la docente YOLADA DÍAZ DE SERRANO, devengó en el último año de servicios *sueldo básico, asignación adicional coordinador 20%; sueldo de vacaciones; prima de vacaciones docentes, prima de navidad, prima de servicios*, y que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0402 del 21 de julio de 2010, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $2.314.193, a partir del 12 de diciembre de 2009, tomando como factores de liquidación *sueldo básico; sobresueldo 20%, prima de navidad y prima de vacaciones.*

En este orden de ideas, la Sala concluye que la demandante **no tiene derecho a que se incluya ninguna de las dos prestaciones solicitadas, pues la bonificación del Decreto 1566 de 2014**, no la devengó de manera *periódica* en el último año de servicios, como quiera que se retiró del servicio el 14 de julio de 2014 y dicha bonificación solo se le reconoció y pagó entre 1º de junio al 14 de julio de 2014, y según lo previsto en esta norma, se creó a partir del 1º de junio y hasta el 31 de

diciembre de 2014[10] y por ende, es obvio que no fue objeto de pago mensual y periódico.

En cuanto a la ***prima de servicios***, la cual fue 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 2016[11], unificó jurisprudencia sobre las controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales creada mediante Decreto 1545 de 2013, también lo es que este estatuto contempla que solo es factor salarial para liquidar vacaciones, cesantías, prima de navidad y prima de vacaciones; y porque además, no se acreditó que a la demandante le hicieron descuentos de aportes por este concepto para pensión.

Lo mismo ha de decirse frente a la ***asignación adicional coordinador 20%; sueldo de vacaciones*****,** las cuales no pueden ser tenidas en cuenta para efectos pensionales, en la medida que no están en el listado establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 ni en otras normas reglamentarias.

En cuanto a las *primas de navidad y vacaciones* incluidas por la demandada en el IBL de la demandante, se estima que la Sala no tiene competencia para revisar o analizar este aspecto, como quiera que no es objeto de litis.

En resumen, procede confirmar la sentencia de primera instancia que niega las pretensiones de la demanda, en virtud del precedente y marco normativo expuestos, pues **solo es posible incluir en la pensión de jubilación de los docentes, los factores salariales que aparecen en la Ley y los que se aportaron al sistema pensional en el último año de servicios y adicionalmente no se probó que hubiere cotizado al sistema sobre los factores reclamados.**

---

[10] ***DECRETO 1566 DE 2014 – Artículo 1.*** *Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.*
La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

[11] Consejo de Estado. Sección 2ª. Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. CE-SUJ2150013333333333301020130013401 (3828-2014)

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas[12], 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 vencedera del proceso.[13]

En el caso examinado, no hubo condena en costas en primera instancia y en esta, como se accede parcialmente a las pretensiones, no se impondrán costas y porque, además, no existe prueba de gastos o expensas en que haya incurrido la parte actora, atendiendo los criterios antes señalados y lo previsto en el artículo 365 numerales 5 y 8 del CGP.

DECISIÓN

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

---

[12] Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante 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).

[13] 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)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, el 2 de abril de 2019, que niega las pretensiones de la demanda.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

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

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado - Aclaración de voto

República de Colombia

Rama Judicial

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M.P. DR. JOSE MILLER LUGO BARRERO

Aclaración de Voto

Dr. GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA.

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

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR:	YOLANDA DÍAZ DE SERRANO
DEMANDADO:	Nación – Mineducación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
PROVIDENCIA:	SENTENCIA de segunda instancia
RADICACION:	41 001 33 33 003 2018 00064 01
Rad interna:	

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta oportunidad aunque APRUEBO el proyecto de la Sala de Decisión, en el sentido de CONFIRMAR lo dispuesto por el Juez de primera instancia, la cual había negado las súplicas de la demanda de reliquidar la pensión de jubilación **incluyendo la totalidad de los factores salariales.**

Se basa la aclaración, en que uno de los argumentos del pronunciamiento, consiste en que de acuerdo con la **sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019**, las pensiones de los docentes afiliados a dicho Fondo vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, se deben liquidar incluyendo como partidas computables **solamente** los factores que hayan servido de base para los aportes durante el último año de servicios, sin poder incluir factores distintos a los señalados en la ley 33 y 62 de 1985, recalcando posteriormente que **además de estar incluidos** en la norma, se deben **tener en cuenta solo aquellos factores que sirvieron de base para efectuar las cotizaciones**.

Pues, como características fundamentales de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 dispone en el Literal a), que la **Afiliación** al sistema era **obligatoria** para todos los trabajadores dependientes o independientes. El siguiente Literal d), dispuso que la afiliación implicaba la **obligación** de efectuar los **aportes** que establecía la ley.

El artículo 22, dispuso las ***obligaciones del Empleador***, a quien **responsabilizó del pago de los aportes** suyo y **del trabajador** a su

servicio, **descontando del salario** al momento del pago ***el monto de las cotizaciones obligatorias*** y el de las voluntarias expresamente autorizadas por el afiliado, trasladándolas a la entidad elegida por el trabajador, dentro de los plazos determinados por el Gobierno.

Los aportes no consignados dentro de los plazos correspondientes generan intereses moratorios similares a los del impuesto de renta y complementarios, **a cargo del empleador**, incurriendo de igual manera en causal de mala conducta, conforme lo reglado por el artículo 22.

Que las entidades administradoras de los regímenes tienen que adelantar las acciones de cobro correspondientes sobre los incumplimientos de las obligaciones del empleador, constituyendo título ejecutivo las liquidaciones determinadas por la Administradora.

En la sentencia T-327 de 2017, la Honorable Corte Constitucional expuso que la seguridad social la define el artículo 48, como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de las (i) pensiones, que se reflejan necesariamente en el pago de las prestaciones sociales.

Que la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en forjar **la obligación del empleador** de afiliar al trabajador al sistema de Seguridad Social integral en pensiones, salud y riesgos profesionales y pagar las respectivas cotizaciones a cada uno de los regímenes.

Que a cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo y ***de los trabajadores***, obligación que **solo finaliza** cuando el trabajador cumpla las condiciones exigidas por la ley para la **obtención de su pensión mínima** de vejez; que **la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas**, como por ejemplo en la no obtención de la pensión mínima, la que se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.

En la sentencia T-234 de 2018, la Honorable Corte Constitucional al estudiar los efectos de la omisión en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones a cargo del empleador por la no afiliación, resaltó de nuevo la irrenunciabilidad de la seguridad social, la que se debe garantizar a los colombianos, garantía constitucional consagrada a la vez en distintos instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos de la Persona y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observando que la finalidad del derecho

es amparar las consecuencias normales de la vejez, la viudez, la invalidez y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

Que el sistema general de seguridad social en pensiones colombiano, consagró un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de prevenir dichas contingencias propias de los seres humanos. Que las normas dictadas para cumplir ese fin reconocieron derechos pensionales para los afiliados a quienes les sobrevenga algunas de estas eventualidades, previo el cumplimiento de unos requisitos; siendo necesario que tanto empleadores como trabajadores cumplan con sus obligaciones legales para que les sean reconocidos sus derechos. Que en **cuanto a los empleadores**, de vital importancia la obligación en el ámbito del reconocimiento de prestaciones pensionales, el pago de los aportes al sistema de seguridad social del artículo 22 de la ley 100.

Que aunado a la obligación de realizar los aportes por parte del empleador, se encuentra la posibilidad de garantizar su cumplimiento a través de la **imposición de sanciones moratorias** y *"una consecuente obligación en cabeza de las entidades administradoras de pensiones de los diferentes regímenes, en virtud de la cual deberán adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de tales obligaciones, claro está cuando el trabajador se encuentre afiliado al sistema."*

Que para los empleadores se generan diferentes responsabilidades, entre ellas, *"(…) que si el empleador afilió cumplidamente al trabajador **pero no hizo los pagos de las cotizaciones que debía**, se está frente a la figura del allanamiento a la mora por parte del fondo o administrador de pensiones, ya que a este el legislador le ha dado la oportunidad de a través de instrumentos legales, perseguir al pago de dichos aportes. De tal manera que las prestaciones económicas que se generen serán asumidas por el fondo o administradora con la posibilidad de acudir a los recursos judiciales o administrativos para lograr por parte del empleador moroso el pago de los aportes adeudados junto con los intereses a que haya lugar."*

De los anteriores argumentos fundados en las decisiones de la Corte Constitucional, también replicados por el Honorable Consejo de Estado según la sentencia T-327 de 2017, se considera respetuosamente que debe ser un fundamento de la Sala de Decisión que si el educador en su remuneración obtuvo además de su asignación básica, alguno de los factores salariales que se encuentren enlistados en la ley 33 o 62 de 1985, sobre los cuales no se haya cumplido por parte del empleador o mejor del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con los descuentos correspondientes, no debe ser atendible el predicado de no incluirlos dentro del ingreso base de liquidación, por cuanto dicha conducta sancionatoria en contra de la liquidación de la pensión de jubilación del educador equivaldría a castigarlo por una conducta de terceros, de la omisión de su empleador y

pagador, por no cumplir con **los aportes de las cotizaciones al sistema, incurriendo en la conducta advertida por la Honorable Corte Constitucional, de no imputarle al trabajador, ni derivarle consecuencias adversas,** como lo expuso en la sentencia T-327 de 2017.

Cordialmente,

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado.