



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	LIBARDO OBREGON LONDOÑO
DEMANDADO	NACIÓN-MINEDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DECISIÓN	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 45
RADICACIÓN	41001-33-33-005-2018-00067-01
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 28 de junio de 2019, proferida en audiencia por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva y mediante la cual **negó** las pretensiones de la demanda.

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

LIBARDO OBREGON LONDOÑO, 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. 0166 del 9 de febrero de 2015, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibido en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que prestó sus servicios como docente oficial y cumplió con los requisitos para obtener la pensión de jubilación, la cual le fue reconocida por la entidad demandada a través de Resolución No. 166 del 9 de febrero de 2015.
- Que dicha pensión se liquidó teniendo en cuenta como factores computables la *asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones* y omitió incluir la *prima de servicios y la bonificación mensual*, percibidas por el docente durante el año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionado.

1.2. 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. 61-66 C. Ppal)

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

Propone como excepciones las siguientes:

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

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

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

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

docentes afiliados al FOMAG, siendo éste Fondo el pagador de los actos administrativos de reconocimiento que suscriban los Secretarios de Educación de las entidades territoriales.

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

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

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

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

-Inexistencia de la vulneración de principios legales: Consigna que la Ley 812 de 2003 y sus Decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo y por lo tanto, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan

únicamente con la asignación básica y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión, lo que demuestra que de acuerdo a la normativa y a la jurisprudencia vigente no procede la inclusión de los factores salariales solicitados por el demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

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

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

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 132 - 143)

El Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, en sentencia proferida el 28 de junio de 2019, resolvió negar las súplicas de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

El a quo se refirió al marco normativo y jurisprudencial sobre el régimen pensional aplicable a los docentes oficiales, destacando que a los vinculados antes de la Ley 812 de 2003 les es aplicable la Ley 91 de 1989 y ésta a su vez remite al régimen de la Ley 33 de 1985, donde las pensiones se liquidan con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero que los vinculados con posterioridad al año 2003 los cobija la Ley 100 de 1993.

Indicó que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 precisó que IBL pensional de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 estaría integrado únicamente por los factores salariales enlistados en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubieran efectuado los respectivos aportes al sistema pensional; criterio que acogió y aplicó al presente asunto, considerando que dicha decisión tiene fuerza vinculante y es de obligatorio acatamiento conforme lo prevé el ordenamiento jurídico.

En el caso concreto, precisó que la demandante al haberse vinculado al servicio educativo con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, le es aplicable la Ley 91 de 1989 y por virtud de ésta la Ley 33 de 1985, pero al avistar que el acto administrativo que reliquidó la pensión tuvo en cuenta únicamente los factores sobre los cuales la docente hizo los respectivos aportes al sistema pensional, el mismo no ha quebrantado el ordenamiento jurídico y por ende no es procedente la reliquidación solicitada con aquellos factores que no aparecen enlistados en la referida Ley 33 y sobre los cuales no se efectuaron las correspondientes cotizaciones, por eso las pretensiones deben negarse.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 136-145 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 LA INSTANCIA.

4.1. PARTE DEMANDANTE. (fls. 14-26 C. 2 instancia)

Reitera los argumentos esbozados en la alzada; insistiendo que al *sub lite* se aplica el precedente de unificación del 4 de agosto de 2010 (en virtud del principio de confianza legítima), en razón a que los factores salariales que enlista la Ley 33 de 1985 no son taxativos, sino meramente enunciativos; solicita acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la nulidad parcial del acto acusado y reliquidar la mesada pensional

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

Guardó Silencio.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO. (fls. 56 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 la Resolución No. 166 del 9 de febrero de 2015, mediante la cual se reliquida la pensión vitalicia de jubilación al docente LIBARDO OBREGON LONDOÑO, expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Neiva – Huila - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y si como consecuencia, tiene derecho a se incluya todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?*

2. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

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

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

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

“Art. 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...)

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a...”

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

“Artículo 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

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.”

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

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 país⁴, sin considerar la naturaleza de su relación laboral.

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

“Artículo 279. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en

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

favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...” (Subraya la Sala)

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

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

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

“Artículo 6º. (...)

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

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

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)”.

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

“Artículo 1º. (...)

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

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

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

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

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁶, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los

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

requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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

Establecido que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de estos servidores públicos en su condición de docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

La Ley 62 de 1985, modificó lo anterior así

*“**Artículo 1º:** (...)*

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

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

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

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

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*

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

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

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

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan*

*servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** (...)*

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

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

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

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

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

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

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

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.

son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

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

De tal manera que retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, indicó que la sentencia se aplica de manera **retrospectiva** y por tanto, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento deben aplicarse de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3. EL CASO EN CONCRETO

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

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, mediante Resolución No. 552 del 24 de noviembre de 2008, reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor LIBARDO OBREGON LONDOÑO, por sus servicios prestados como docente NACIONALIZADO –S.F.
- Que el docente se retiró del servicio a partir del 1° de septiembre de 2014, según Decreto No. 785 expedida en la misma fecha.
- El demandante solicitó la reliquidación de la pensión el 15 de diciembre de 2014, siendo resuelta mediante Resolución No. 166 del 9 de febrero de 2015 (fls. 20-21) al verificarse que laboró desde

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). [...]»

el 22 de agosto de 1979 hasta 1° de septiembre de 2014, para un total de 34 años, 11 meses y 29 días, teniendo en cuenta como factores salariales *la asignación básica, la doceava parte de la prima de navidad y de la prima de vacaciones*, devengados en el último año de servicios, con el 75% y arrojando una mesada igual a \$2.267.249, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2014.

- De acuerdo con los comprobantes de nómina allegados a folios 22-39, durante el último año de servicios, esto es, entre el 1° de septiembre de 2013 al 1° de septiembre de 2014, el señor LIBARDO OBREGON LONDOÑO devengó los siguientes haberes laborales: *Sueldo básico, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y la bonificación mensual DC 1566 de 2014*, aclarándose que esta última aparece en el desprendible de nómina con periodo de pago del 31 de agosto de 2014 al 31 de agosto de 2014, e igualmente, que la devengó en la nómina del mes de septiembre de 2014, lo cual no coincide con su retiro del servicio, pues aparece que se le aceptó a partir del 1° de septiembre de 2014.

Como primer punto, la Sala considera que la aplicación de la sentencia de unificación no vulnera los principios de confianza legítima y seguridad jurídica como lo indica la parte actora, por cuanto la actora conserva el régimen de transición que regula la Ley 812 de 2003, es decir que se le respeta el régimen anterior que es el contemplado en la Ley 91 de 1989 que remite al régimen general regulado en las Leyes 33 y 62 de 1985 que textualmente establece que la pensión se debe liquidar con los factores sobre los cuales se efectuó los aportes a pensión.

La discusión respecto a los factores salariales constituye más un cambio de interpretación de la norma, pues con la sentencia del 25 de abril de 2019 simplemente se reevaluó una postura que la sala plena del Consejo de Estado consideró que era desproporcional y desdibujaba la voluntad del legislador y adoptó una interpretación que considera además de ajustarse al texto mismo de la norma, también materializa en mayor medida los principios que subyacen al sistema pensional como la solidaridad y la sostenibilidad del mismo teniendo como derrotero la prevalencia del interés general y la protección de los derechos de los ciudadanos.

Si bien en el presente asunto la demanda fue presentada con base en una posición jurisprudencial diferente a la adoptada en la sentencia del 25 de agosto de 2019, esta última se profirió en ejercicio de la facultad del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción

contencioso administrativa, precisamente para unificar la interpretación de la norma en pro que no se siguieran profiriendo decisiones contradictorias en este asunto como venía ocurriendo en todos los distritos judiciales, siendo de obligatorio acatamiento para todos los jueces pues así lo consagra el CPACA y lo reitera el Consejo de Estado en dicha sentencia, en donde además se le otorga a la misma efectos retrospectivos para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

En atención a lo acreditado en el presente asunto, la Sala precisa que la pretensión de la actora se refiere y se sustenta en que el acto demandado no se encuentra ajustado a derecho, al no haberse incluido en su pensión de jubilación **todos** por factores salariales *devengados* en el último año de servicio anterior a adquirir el estatus de pensionada.

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.

En este orden de ideas, se observa que en este caso, el docente LIBARDO OBREGON LONDOÑO devengó en el último año de servicios, *sueldo básico, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y la bonificación mensual DC 1566 de 2014*, y que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 166 del 9 de febrero de 2015, ordenó la reliquidación de dicha pensión de jubilación teniendo en cuenta como IBL *“la asignación básica, doceava de la prima de vacaciones y una doceava de la prima de navidad”*.

Respecto a la ***prima de servicios*** que el demandante reclama como factor salarial, 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 fueran incluidas por la entidad demandada en 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 el demandante es que se incluyan, 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.

En cuanto a la *bonificación mensual DC. 1566 1 junio/14- 31 diciembre/15*, se constata que el actor la devengó solo por un día, esto es, el 31 de agosto de 2014, por tanto, no puede ser incluido como factor de liquidación en la medida que no fue periódico.

En resumen, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó a las pretensiones de la demanda, 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.**

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas¹⁰, 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.¹¹

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

DECISIÓN

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

¹⁰ 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).

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. **Sentencia del 8 de febrero de 2018**. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019**. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160). Igualmente, en reciente decisión la Sección Segunda. Subsección A., al resolver una acción de tutela, amparó el derecho de acceso a la administración de justicia y dejó sin efectos esa condena en costas. **Sentencia del 23 de enero de 2020**. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Rad.: 11001-03-15-000-2019-04677-00(AC)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en ninguna de las instancias.

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

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: LIBARDO OBREGON LONDOÑO

DEMANDADO: Nación – Mineducación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

PROVIDENCIA: SENTENCIA de segunda instancia

RADICACION: 41 001 33 33 005 2018 00067 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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gerardo', with a large, stylized initial 'G' and a series of loops and strokes.

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado.