



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEXTA DE DECISIÓN
M. P. DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

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

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	AMPARO CASANOVA ORTIZ
DEMANDADO	NACIÓN–MINEDUCACIÓN–FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
DECISIÓN	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No.54
RADICACIÓN	41001-33-33-006-2018-00290-01
APROBADO EN SALA	ACTA No. 18 DE LA FECHA

ASUNTO

Una vez agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia del 24 de septiembre de 2018, proferida en audiencia por el Juzgado Sexto Administrativo de Neiva y mediante la cual se niega las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA. (Fls. 1-15 C. Ppal)

AMPARO CASANOVA ORTÍZ, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES EL MAGISTERIO –FOMAG- y solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5855 del 6 de octubre de 2016 “por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a una docente NACIONAL-SF”, 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 a través de Resolución No. 5855 del 6 de octubre de 2016.
- Que dicha pensión se liquidó teniendo en cuenta como factores computables la *asignación básica y prima de vacaciones*, sin embargo, no incluyó la *prima de servicios y la prima de navidad*, percibida 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. 50-60 C. Ppal)

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

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

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

Propone como excepciones las siguientes:

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

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

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

la finalidad a la que se afectan los recursos o bienes del patrimonio autónomo.

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

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

Concluye que no existe relación entre el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada y el Ministerio de Educación Nacional, ya que la responsabilidad de proferir el acto administrativo se encuentra supeditada a la capacidad nominadora por medio del cual se reconoce o no la prestación social del docente, la cual esta en cabeza de las Secretarías de Educación, entendiéndose que en la entidad territorial se radica la competencia del respectivo acto administrativo y por otro lado, la capacidad pagadora en cabeza de la sociedad fiduciaria, en este caso Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que ejerce control de disponibilidad de recursos y actividades de verificación sobre los aspectos formales y sustantivos de la decisión que se pretende adoptar con el proyecto de acto administrativo en el campo de la responsabilidad fiduciaria en virtud del estatuto orgánico del sistema financiero y de la Ley mercantil.

-Relación jurídico sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional: Expone que son las entidades territoriales las llamadas a prestar el servicio público de educación en sus respectivas

regiones, por lo cual se erigen como los entes que ejercen las funciones públicas necesarias para cumplir a cabalidad con tal tarea, lo cual implica el reconocimiento de las prestaciones sociales que le corresponden a los docentes afiliados al FOMAG, siendo éste Fondo el pagador de los actos administrativos de reconocimiento que suscriban los Secretarios de Educación de las entidades territoriales.

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

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

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

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

demuestra que de acuerdo a la normativa y a la jurisprudencia vigente no procede la inclusión de los factores salariales solicitados por el demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

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

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

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 71-72)

El Juzgado Sexto Administrativo de Neiva, mediante sentencia dictada en audiencia concentrada el 24 de septiembre del 2018 resolvió negar las pretensiones de la acción y no condenar en costas, pues encontró que la sentencia de unificación es muy clara y al ser de Sala Plena, en virtud de la Ley 1437 de 2011, artículos 101 y 102, es un precedente vertical obligatorio, del cual también la Corte Constitucional ha determinado que los precedentes de los órganos de cierre, tienen la virtud de establecer la conducta del operador judicial y administrativo y que la sentencia en forma expresa en su parte resolutive numeral segundo, advirtió las condiciones de obligatoriedad del precedente.

Agrega que la sentencia fija una regla jurisprudencial y dos subreglas, que la primera subregla, en la cual se excluye de la aplicación de la subregla a los docentes citando que la misma es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 artículos 36 y 279 y la segunda subregla es sobre el régimen ordinario previo a la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 33 de 1985, en la que se concluye que la tesis sostenida por la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, se había desbordado frente a las condiciones de interpretación constitucional y había traspasado la voluntad del legislador en que por virtud

de su libertad de configuración enlistó los factores que conforma la base de liquidación pensional y que a ellos es que debe limitar dicha base.

Concluye que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revaluó la tesis de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, encontrando que dicho criterio de interpretación no era ajustado al mandato constitucional, involucrando no solo los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, sino también a la regla primigenia del Estado de Derecho que es la división de poderes y el respeto de las competencias de las autoridades, ratificando que corresponde es al legislador el determinar el régimen prestacional de los servidores públicos.

Por último, precisa que los fundamentos del Consejo de Estado de la sentencia del 4 de agosto se encuentran revaluados y la jurisprudencia es muy clara, única y exclusivamente se podrá reconocer por parte del operador administrativo y judicial, los factores que enlista la Ley como elementos de liquidación y para el caso que nos ocupa, los factores reclamados por la actora no se encuentran incluidos en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, régimen legal que le resulta aplicable y en consecuencia procede negar las súplicas de la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 83-96)

La parte actora interpone recurso de apelación, indicando que la decisión del juez está basada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado expedida en el proceso 2012-00143-01 del 2018, habiéndose unificado la jurisprudencia, en torno a los factores salariales que deben servir de base para la liquidación de los empleados públicos, que se encuentran en el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos: “el ingreso base de liquidación de las pensiones a las que se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, por beneficio de la transición, está integrado por el salario promedio que sirvió de base para los aportes, para lo cual: (i) solo se tendrán en cuenta los aportes efectuados a la respectiva caja sobre los factores expresamente señalados en norma, y (ii) durante el período de tiempo que fijó el legislador, y que corresponde al último año de servicio.”

Que en el caso concreto, procede la inaplicación del precedente, porque el personal del magisterio NO es sujeto de los asuntos establecidos en la sentencia de unificación, ya 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, cuya excepción taxativa se evidencia en el artículo 279 de la misma Ley, y teniendo en cuenta que para los afiliados al FOMAG, 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 remisión expresa de la Ley 812 de 2003, se debe aplicar a los afiliados con posterioridad al 26 de junio de 2003.

Precisa que los docentes son cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, no por remisión de la Ley 100 de 1993, sino por la Ley 91 de 1989, que es una norma especial para este grupo de empleados públicos.

Agrega que hay una situación que los operadores judiciales no deben pasar por alto y es la omisión de la administración de efectuar los descuentos para aportes al sistema, toda vez que se pueden descontar por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Apunta que no puede atribuirse a los trabajadores, que son docentes al servicio de la educación pública y que a través del tiempo ha 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 por el recibidos, que por una omisión del encargado de las liquidaciones, que no hizo los descuentos correspondientes, se soslayan los derechos por los cuales se ha trabajado por más de 20 años.

Culmina refiriéndose a la aplicación retrospectiva acotando que no significa que los próximos fallos que se expidan deben acatar el criterio jurisprudencial, a la aplicación de la sentencia de unificación 2012-00143-01, insistiendo en que no es aplicable a la parte actora y solicita se revoque la decisión de primera instancia.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

La parte demandante y la parte demandada guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió concepto (fls. 18-23 C. 2 instancia) en el cual previo recuento de las actuaciones procesales conceptúo que a la parte demandante NO le asiste el derecho a que su pensión de jubilación sea liquidada sobre el ingreso base de liquidación constituido por el 75% de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, sino que debe ser liquidada con la inclusión solo de los factores establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 sobre los que se haya realizado el aporte o cotización.

Que en el presente caso, por guardar similitud fáctica y jurídica con la sentencia de unificación por importancia jurídica SUJ-014-CE-S2-2019 y en atención a los efectos retrospectivos de la misma, debe ser resuelto conforme a las reglas jurisprudenciales allí vertidas, sin que se encuentren argumentos que den lugar a aplicar con vocación de prosperidad, técnicas que permitan la inaplicación del precedente anterior (*distinguishing*) y del cambio del precedente (*overruling*).

Se refiere al régimen jurídico aplicable en materia pensional de la actora en su calidad de ex docente, a la interpretación dada por el Consejo de Estado al régimen pensional docente y los factores constitutivos de IBL en el sector docente y concluye que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por lo tanto la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

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. 5855 del 6 de octubre de 2016, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la docente AMPARO CASANOVA ORTÍZ, 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

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...

para liquidar la pensión de jubilación de todos los empleados públicos, dispone:

“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 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 4°, 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 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

Par. 3°. 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.

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 registrarán 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 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.

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

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 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*

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.

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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

3. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

4. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

5. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

6. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

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

- ✓ *Edad: 55 años*

- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*

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

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

8. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

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

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

3. EL CASO EN CONCRETO

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

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Municipio de Neiva -Huila, mediante Resolución No. 5855 del 6 de octubre de 2016, reconoció pensión vitalicia de

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). [...]»

jubilación a la docente nacional AMPARO CASANOVA ORTÍZ, en cuantía de \$2.319.837, a partir del 24 de mayo de 2016. (fls. 19-21)

- Los factores salariales tenidos en cuenta por la entidad demandada para determinar el IBL fueron *la asignación básica mensual, doceava de la prima de navidad y la doceava de la prima de vacaciones*, devengados en el último año de servicios anteriores al momento de la adquisición del derecho, a los cuales le aplicó la tasa de reemplazo del 75%.
- De acuerdo al certificado de salarios consecutivo No. 4726, la docente AMPARO CASANOVA ORTÍZ, devengó en el último año de servicios los siguientes haberes laborales: *asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente*. (fl. 23)

La Sala advierte que la pretensión de la parte actora se refiere y se sustenta en que el acto demandado no se encuentra ajustado a derecho, al no haberse incluido en su pensión de jubilación **todos** por factores salariales *devengados* en el último año de 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por estar expresamente exceptuados en el Art. 279, sino que sencillamente se verifica el momento de la vinculación del docente con el sector educativo oficial.

Precisa la Sala, que en este caso la docente AMPARO CASANOVA ORTÍZ, devengó en el último año de servicios *asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente* y que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 5855 del 6 de octubre de 2016, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.319.837, a partir del 24 de mayo de 2016, tomando como factores de liquidación la *asignación básica, doceava de la prima de navidad y doceava de la prima de vacaciones*.

Respecto a la *prima de servicios* devengada por la actora en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se retiró del servicio, es preciso anotar que si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2016¹⁰, unificó jurisprudencia sobre las controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales creada mediante Decreto 1545 de 2013, lo cierto es que este estatuto contempla que emolumento solo es factor salarial para liquidar vacaciones, cesantías, prima de navidad y prima de vacaciones; sin que acreditara en el proceso que a la demandante le hicieron descuentos de aportes para pensión.

En esa medida, a la actora no le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada puesto que como se explicó en precedencia, el factor

¹⁰ Consejo de Estado. Sección 2ª. Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. CE-SUJ215001333333333301020130013401 (3828-2014)

salarial reclamado para ser incluido en la liquidación de su pensión de jubilación no se encuentra establecido en la Ley como tal y acatando el precedente judicial no procede la inclusión del mismo.

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas¹¹, 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.¹²

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

¹¹ 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).

¹² 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)

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Neiva Huila, el 24 de septiembre de 2018, en relación a la demandante AMPARO CASANOVA ORTIZ.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en la instancia.

TERCERO: ORDENAR que una vez en firme esta providencia se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente



GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado - Aclaración de voto



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Demandante: Amparo Casanova Ortiz

Demandado: Nación – M.E.N. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Rad. 41 001 33 33 006-2018-00290-01