

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020).

ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO
DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN : 41 001 33 33 001 2017 00157 01
RAD. INTERNA: 2019-0041

Aprobado en Sala de la fecha. Acta No. 18

1. OBJETO A DECIDIR.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 3 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual se accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda.

2. LA DEMANDA.

2.1. De las pretensiones.

MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA instaura demanda contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** con el fin que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2083 de 21 de octubre de 2016 mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales certificados y devengados a partir de la fecha de adquisición de su status de pensionada.

Se ordene que la demandante tiene derecho a que la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca, liquide y pague el valor correspondiente la revisión de la

pensión de jubilación, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario devengado, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos y con efectividad a partir de la fecha de adquisición de su status pensional (10 de agosto de 2016).

A título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada aumentar el valor de la pensión, teniendo en cuenta los incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, las prima y demás emolumentos que constituyen salario, según lo establecido por las Leyes 33 y 62 de 1985, en cuantía del 75% de la totalidad de los factores salariales y efectiva a partir de la fecha de adquisición del status pensional. Así mismo, se condene al reconocimiento de las diferencias de las mesadas generadas de la reliquidación de la pensión sobre el 75% de todos los factores salariales.

Así mismo, requiere se condene al pago de la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas a la demandante desde el momento en que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

De otra parte, solicita condenar a la entidad demandada a reconocer sobre las mesadas adeudadas a la demandante los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor y al por mayor de conformidad con el artículo 187 del CPACA, así como, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contados después de la ejecutoria del fallo sino se da cumplimiento al mismo dentro del término previsto en el 195 del CPACA.

Finalmente, pretende se dé cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y condenar en costas a la entidad demandada conforme al artículo 188 del CPACA.

1.2. Hechos.

Pueden resumirse de la siguiente manera:

La Nación–Ministerio de Educación Nacional - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO mediante Resolución No. 2038 de 21 de octubre de 2016, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos al momento de adquirir el status pensional, esto es, el 10 de agosto de 2016, tales como asignación básica mensual, primas de navidad, vacaciones, alimentación, horas extras, sobresueldo y demás emolumentos devengados.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se enuncian como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política: Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83.

De rango legal: Ley 33 de 1985, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, Decreto Ley 2277 de 1979, Decreto Ley 524 de 1975 y el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo.

Como concepto de violación, hace referencia a la vulneración de varios preceptos de la Constitución, relacionados con la dignidad del accionante, el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, el debido proceso, entre otros derechos de los trabajadores, frente a la negativa de la revisión de la liquidación de la pensión de jubilación en el sentido de que se le incluyan la totalidad de los factores salariales a los cuales señala tener derecho el demandante.

Invoca a continuación como causales de nulidad del acto demandando la infracción de las normas en que deberían fundarse y falsa motivación, argumentando que no existe concordancia de interpretación entre la norma base del acto y el contenido del mismo, así como, el hecho de que sus fundamentos no son reales y desconocen los derechos del actor.

Finalmente, indica que los docentes se encuentran amparados por un régimen común de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado 1411-06 del 18 de octubre de 2007, razón por la cual le resulta aplicable el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que direcciona a la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985, la cual según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores salariales allí establecidos deben ser enunciativos, y no exclusivos o taxativos.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. *(Fl. 42-47 C. 1Inst.)*

Por intermedio de apoderado, la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.

Como razones de defensa, expone que el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia en el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue creado por la Ley 91 de 1989, cuyo patrimonio debía ser administrado por una sociedad fiduciaria, y en razón a ello, se estableció que se debía suscribir por parte de la Nación un contrato de Fiducia Mercantil, para lo cual se delegó al Ministerio de Educación Nacional la firma de dicho contrato, suscribiéndose así el contrato de Fiducia Mercantil Ni. 83 de 1990.

Que si bien el patrimonio autónomo, que para el caso particular es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por disposición de la ley no tiene personería jurídica como todos los patrimonios autónomos del país, dicha condición característica no obsta para que pueda responder por sus obligaciones o fines a los que se encuentra afecto en beneficio de los

fideicomisarios, que para el FOMAG, lo constituyen los maestros afiliados al Magisterio.

Advierte así que el Ministerio de Educación Nacional si bien firmó el contrato de Fiducia Mercantil por una orden legal, no administra el Fondo, es decir no puede disponer de los recursos del patrimonio autónomo ni decide sobre su inversión, quien los administra es la Fiduciaria La Previsora S.A, quien actúa, gestiona y defiende sus intereses y responde por los actos necesarios para el cumplimiento de los fines, traducidos en obligaciones que debe ejecutar para lograr de acuerdo a la ley de su constitución, como el pago de las prestaciones sociales de los maestros afiliados al fondo y por la prestación de los servicios de salud.

De otra parte, explica que el Ministerio de Educación Nacional no tiene competencia para expedir actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes vinculados a las entidades territoriales, por cuanto dicha competencia se estableció legalmente en las entidades territoriales certificadas en educación, según lo disponen los artículos 6.2.3. y 7.3. de la Ley 715 de 2001, por lo que al no intervenir el en reconocimiento ni en el trámite del pago de la prestación, al Ministerio de Educación Nacional, no le asiste legitimación para ser parte como demandada en el proceso, por cuanto el acto cuya nulidad se depreca no fue por el Ministerio, ni por delegación ni por desconcentración, competencia que considera radica exclusivamente en las entidades territoriales empleadores de los maestros.

Finalmente, propone las siguientes excepciones de mérito: *“Falta de integración del contradictorio-litis consorcio necesario de la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, La relación jurídico sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional, Vinculación de la Secretaría de Educación Municipal de Neiva al proceso-Integración del contradictorio, Inexistencia de la vulneración de principios legales, Prescripción de las diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda y/o reclamación administrativa y la Innominada o genérica”.*

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fl. 62-79 C. 1Inst.)

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia proferida en audiencia realizada el 3 de diciembre de 2018 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito denominadas *Inexistencia del Derecho a reclamar por parte del demandante; Buena fe; Prescripción; Inexistencia de la vulneración de principios legales; La relación jurídica sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional y Excepción genérica o innominada, formuladas por la parte demandada.*

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 2083 del 21 de octubre de 2016, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión

mensual vitalicia de jubilación a la docente nacionalizada MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO.

TERCERO: CONDENAR a la Nación-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, reliquidar y pagar a la señora MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 36.169.423, las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el **12 de agosto de 2016**, hasta la fecha en que se realice el pago, debidamente indexadas y liquidadas de conformidad con lo señalado en la parte motiva, es decir, además de la inclusión de los factores salariales ya reconocidos, como la asignación básica mensual, prima de navidad y prima de vacaciones; **deberá ser incluidas la prima de servicios**. En caso de que sobre **el factor** que la presente sentencia ordena se tenga en cuenta para liquidar la pensión, no se haya efectuado los correspondientes aportes, la entidad demandada tiene la facultad de liquidar y descontar tales sumas de los valores a pagar, como se indicó en la parte considerativa de este fallo.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: SIN COSTAS en esta sentencia por no aparecer causadas.

SEXTO: La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO HUILA, dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO: REMITIR por Secretaría los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A. para el cumplimiento de la sentencia, y en firme esta providencia, **EXPEDIR** a las partes las copias o fotocopias que soliciten, teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos 114 y 115 del C.G.P.

OCTAVO: DISPONER la devolución del remanente de los gastos del proceso, si los hubiere, una vez liquidados por Secretaría.

NOVENO: Para efectos de la ejecución de la providencia deberá observarse lo preceptuado en los artículos 305 y 306 del C.G.P.

DÉCIMO: ARCHÍVESE el proceso una vez ejecutoriado el fallo y desanotado del sistema de radicación.”

Como problema jurídico, determinó que el mismo se dirige a determinar si a la demandante le asiste derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año previo a la adquisición del status de pensionada.

Para dar solución al litigio, en primer lugar hace referencia al marco normativo que regula el régimen pensional de los docentes del sector oficial, comprendido por la Ley 6 de 1945, Decreto Ley 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Refiere luego que a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, fijó criterios de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableciendo en la segunda subregla que los factores salariales a incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición serán aquellos sobres los que se hubieren realizado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, variando así la postura que se adoptó en sentencia del 10 de agosto de 2010. Subregla que es extendida a los docentes del sector oficial por el Tribunal Administrativo del Huila, y por tanto se deben tener en cuenta los factores sobres los cuales se efectuaron aportes.

Al arribar al caso en concreto, encontró acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente del sector oficial desde el 25 de mayo de 1981 hasta el 10 de agosto de 2016, razón por la cual el régimen pensional que la cubre es el contenido en la Ley 91 de 1989 que remite al Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45 señala los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de cesantías y pensiones.

Que en el acto administrativo de reconocimiento pensional como factores salariales se tuvieron en cuenta la asignación básica mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones, sin incluir lo referente a la prima de servicios, la cual se encuentra contemplada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por tanto ordena su inclusión para la liquidación de la pensión de jubilación.

Advierte a continuación que no se configuró el fenómeno de la prescripción por cuanto la pensión de jubilación se reconoció mediante Resolución No. 2038 del 21 de octubre de 2016 y la demanda se presentó el 23 de junio de 2017.

Finalmente, resuelve no condenar en costas ante la ausencia de causación de erogaciones que ameriten la imposición de costas a la parte demandada, al tratarse de un asunto de pleno derecho que no requirió decreto de prueba alguna que implicara gastos al demandante.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN.

5.1. De la parte demandante. (Fl. 86-88 C. 1Inst.)

Solicita la adición de la sentencia de primera instancia en el sentido de incluir como factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación lo devengado por concepto de horas extras y bonificación mensual D.C. 1566, acreditadas como devengadas en el último año previo a la adquisición del status pensional, y se encuentran en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

5.2. De la parte demandada. (Fl. 83-85 C. 1Inst.)

El apoderado de la parte demandada solicita se revoque la providencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual argumenta que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de

2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, es decir, que si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad, se le aplica la Ley 91 de 1989.

Que a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 estableció en la segunda subregla 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 cotización al Sistema de Pensiones, la cual se sustenta en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, con lo cual no se afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión de los demás habitantes.

Que a diferencia de la primera subregla, el Consejo de Estado en ningún momento realizó precisión alguna sobre la aplicabilidad de la segunda subregla, por lo que no se puede inferir que la exclusión realizada al personal docente en la primera subregla deba trasladarse a la segunda subregla, y por tanto esta última resulta aplicable a la totalidad de funcionarios públicos sin distinción alguna.

6. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

6.1. Parte demandante. *(Fl. 20 C. 2Inst.)*

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6.2. Parte demandada. *(Fl. 30 C. 2Inst.)*

Guardó silencio.

6.3 El señor agente del Ministerio Público. *(Fl. 23-39 C. 2Inst.)*

El Procurador 153 Judicial II Administrativo de Neiva, emite el concepto 043-2019, solicitando que la sentencia de primera instancia sea revocada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, en cumplimiento de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019, que estableció que la pensión de jubilación debe ser liquidada sobre el ingreso base de liquidación constituido por el 75% de los factores salariales percibidos en el último año de servicios establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos con los trámites propios del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso y sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia.

7.1. Asunto Jurídico a Resolver.

Consiste en determinar si se debe revocar total o parcialmente la sentencia calendada 3 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva y como consecuencia de ello, declarar que a la parte demandante – **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO** - le asiste derecho a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año efectivo de servicios.

Para tal efecto, se ha de establecer si la liquidación de la pensión de jubilación del actor por parte de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra sometida a los términos dispuestos en la Ley 812 de 2003 artículo 81 y su Decreto reglamentario 3752 de 2003, o en caso contrario por las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985 y 62 de 1985.

7.2. Del fondo del Asunto.

7.2.1. Marco normativo.

La Ley 6 del 19 de febrero de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, en el artículo 17 dispuso la pensión de jubilación para los empleados que hayan llegado a los cincuenta (50) años de edad y veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, de la siguiente forma:

“Artículo 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 las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30.000) ni exceder de \$200 en cada mes. (...).”

Existieron igualmente normas intermedias que modificaron la Ley 6 de 1945, en cuanto a las exigencias de la edad para acceder a la pensión vitalicia de jubilación en el sector público, el Decreto No. 3135 de 26 de diciembre de 1968, en el artículo 27 y el Decreto No. 1848 de 4 de diciembre de 1969, reglamentario del anterior, que elevaron para los varones de cincuenta (50) años de edad en que había previsto la ley 6 a cincuenta y cinco (55) años y conservando la edad de cincuenta (50) años para las mujeres.

El artículo 27 de Decreto No.3135 de 1968 señaló:

“El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.”

El artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 dispuso:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1º de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer. (...)”

Por su parte, el Artículo 1º de la Ley 33 de 29 de enero de 1985, elevó la edad tope para alcanzar el estatus de jubilación a cincuenta y cinco (55) años de edad, excluyendo a los que trabajen en actividades especiales, así como a los que disfruten de regímenes especiales de pensiones o de los empleados que lleven quince años (15) o más de servicio a la fecha de entrada en vigencia de la ley, en la siguiente forma:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la misma 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 trabajen 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.

PARAGRAFO 1º. (...)

PARAGRAFO 2º. *Para los empleados oficiales que en 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. (...)”*

Ahora bien, la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en su artículo 15 dispuso:

Artículo 15. *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:*

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 efecto 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.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

3. Cesantías. (...)”

De otra parte, mediante Ley 812 de 2003 se estableció:

“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. (...)” (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, estableció en el parágrafo transitorio 1° lo siguiente:

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

De tal manera, que para establecer el régimen aplicable a los docentes, resulta de vital importancia establecer la fecha de vinculación al servicio oficial de la docencia, en consecuencia, quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se encuentran cobijados por el régimen pensional vigente con anterioridad, es decir, la Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, por el contrario, quienes se vinculen con posterioridad les resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

7.2.2. Marco jurisprudencial.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de Unificación calendada 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, y previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribó a mla conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma **taxativa** los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, como es el caso de las denominadas prima de vacaciones y la prima de navidad, exceptuando únicamente la indemnización de vacaciones y la bonificación por recreación.

En tal sentido, el máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa precisó que por factores que constituyen salario se ha de entender como aquellas sumas que devenga el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Posteriormente, se profiere sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la cual se fijaron unas reglas y subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación para los empleados a quienes los cobijaba el **régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, así:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

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. (...)"

Sentencia que no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al estar expresamente exceptuados del Sistema de Seguridad Social Integral, según lo normado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional, y así lo precisó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de manera expresa, en el sentido que la primera regla así como la primera subregla no cobija a los docentes afiliados al fondo.

No obstante lo anterior, respecto de la sentencia del 4 de agosto de 2010 manifestó:

"101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base". (Negrillas y Subrayas de la Sala)

Pronunciamento a partir del cual, la segunda **subregla** fijada en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, en el sentido que solo se incluyen aquellos sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, viene siendo objeto de aplicación de manera general a quienes los cobija la referida Ley 33 de 1985.

Finalmente, en reciente jurisprudencia proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de la Sala de lo **Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, en sentencia de unificación **SUJ-014 -CE-S2 -2019** calendada 25 de abril de 2019, radicación número: 680012333000201500569-01 (0935-2017) se modifica la posición adoptada desde el año 2010 con ocasión de la sentencia del 4 de agosto de 2010 respecto de la interpretación que se ha de efectuar de la Ley 33 de 1985 aplicable a los docentes del sector oficial, adoptando las siguientes reglas jurisprudenciales respecto al régimen pensional de los docentes así:

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

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

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

Resumiendo los requisitos pensionales de los docentes oficiales en el siguiente recuadro:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.			
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
- Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 - Ley 33 de 1985 - Ley 62 de 1985		- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 - Ley 100 de 1993 - Ley 797 de 2003 - Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años		✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%¹</u> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	- asignación básica - gastos de representación - primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación - dominicales y feriados - horas extras - bonificación por servicios prestados - trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	- asignación básica mensual - gastos de representación - prima técnica, cuando sea factor de salario - primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario - remuneración por trabajo dominical o festivo - bonificación por servicios prestados - remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

Estableciéndose así un nuevo criterio de interpretación a tener en cuenta para los servidores públicos que los cobija el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, como es el caso de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2013, en relación a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, distinta a la que se aplicaba por la sección segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, en el sentido de tener en cuenta para el ingreso

¹ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

base de liquidación, **únicamente** los factores sobre los cuales se haya efectuado cotizaciones o aportes, y que estén contenidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Reglas que resultan aplicables a todos los casos pendientes de solución en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, exceptuándose únicamente los casos en los que operó el fenómeno de la cosa juzgada en garantía del principio de la seguridad jurídica, en aplicación del precedente en forma retrospectiva que se otorgó por la Sala Plena de la Sección Segunda a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

7.2.3. De la obligatoriedad del precedente jurisprudencial.

En este punto resulta importante manifestar que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo es el Consejo de Estado **órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa**, y de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, por importancia jurídica, trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar la jurisprudencia, podrá proferir sentencias así²:

- Por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público³.

- **Por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado** en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso⁴.”

Precedente que resulta ser supremamente útil para decisiones futuras y preservar así la seguridad jurídica, el derecho de acceso a la administración de justicia, y el derecho a la igualdad para aquellas personas con similares supuestos fácticos objeto de discusión, la necesidad de dar una interpretación uniforme y consistente a la ley para que así los ciudadanos puedan delimitar autónomamente el ejercicio de sus libertades, así como, el principio de buena fe y la protección de la confianza legítima de los ciudadanos hacia la consistencia y uniformidad en la aplicación de la ley por los jueces.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables⁵, razón por la cual, siendo la relación de la demandante con la entidad demandada aquellas que se encuentran bajo el conocimiento del Consejo de Estado, se ha de regir por la jurisprudencia de unificación **SUJ-014 -CE-S2 -2019** calendada 25 de abril de 2019, radicación número: 680012333000201500569-01 (0935-2017) proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con relación a la interpretación que ha de aplicarse al régimen pensional que cubre a los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del primero (1) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718). Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

³ Art. 271 Inc. 1º C.P.A.C.A.

⁴ Art. 271 Inc. 2º C.P.A.C.A.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “b”. Sentencia del tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009). Expediente número: 11001-03-15-000-2009-01268-00(AC). Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

7.4. Del caso concreto.

Pretende la entidad demandada y recurrente se revoque la sentencia del 3 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual se accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto administrativo cuya nulidad se depreca, se expidió conforme las disposiciones legales vigentes, correspondientes a la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003, de conformidad con los cuales el ingreso base de liquidación se ha tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales efectuó cotizaciones, en cumplimiento de la segunda Subregla establecida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Por su parte, la parte demandante y también recurrente solicita que el fallo de primera instancia sea adicionado en el sentido de incluir como factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación lo devengado por concepto de horas extras y bonificación mensual D.C. 1566, acreditadas como devengadas en el último año previo a la adquisición del status pensional, y se encuentran en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Al respecto, del material probatorio debidamente allegado al expediente, se puede colegir como debidamente acreditado que mediante **Resolución No. 2038 del 21 de octubre de 2016** expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Neiva, en calidad de Delegatario del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO**, efectiva a partir del 11 de agosto de 2016, como docente de vinculación Nacionalizado. Para tal efecto se indica que laboró en el FNPSM desde el 25 de mayo de 1982 hasta el 10 de agosto de 2016 para un total de 35 años, 2 meses y 16 días de servicio.

Así mismo, se indica que la mesada pensional se liquidó en un 75% del promedio de los factores devengados en el último año efectivo de servicio, correspondiente a la **asignación básica mensual, prima de navidad y prima de vacaciones** (Fl. 10 C. 1Inst.).

De tal manera que, la demandante **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO**, se vinculó al servicio público de educación el **25 de mayo de 1981**, esto es con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, la cual se reitera en su artículo 81 estableció que 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 misma**, en ese sentido, sus prestaciones se han de regir por el marco jurídico existente antes del 27 de junio de 2003 fecha de entrada en vigencia de la Ley 812, es decir la Ley 91 de 1989, la cual a su vez remite al régimen vigente para los pensionados del sector público nacional establecido en la Ley 33 de 1985 vigente con anterioridad.

Únicamente los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

En ese orden de ideas, atendiendo a la normatividad que le resulta aplicable a la demandante, se tiene que el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 por el cual se modifica el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, dispone:

*“**Artículo 1º.** 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 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, 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. 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.”*(Negritas y subrayas de la Sala)

De tal manera que, la pensión de la demandante se liquida de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, el cual en su artículo 1º preceptúa:

*“**ARTÍCULO 1º.** 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 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, 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. 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.”

Ahora bien, de conformidad con el certificado expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora **Martha Lucía González Fierro**, durante el último año de servicios, periodo comprendido del 11 de agosto de 2015 al 10 de agosto de 2016, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, pago sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de vacaciones, prima de servicios, horas extras y bonificación mensual DC. 1566 (Fl. 15-16 C. 1Inst.), cuya inclusión solicita la parte actora para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación.

Pretensión que no tiene vocación de prosperidad, toda vez, que en cumplimiento del más reciente precedente jurisprudencial, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son

únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985, correspondientes a: **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.**

Si bien, observa la Sala que al momento del reconocimiento de la pensión a través de la Resolución No. 2038 del 21 de octubre de 2016, se tuvo en cuenta para establecer la mesada pensional lo devengado por concepto de prima de vacaciones y prima de navidad, no se ordenará la reliquidación de la pensión sin tener en cuenta las mismas, por cuanto ello ocasionaría la disminución de la mesada pensional de la demandante que percibe desde el 1 de agosto de 2014 y se vulneraría así sus derechos fundamentales tales como el de seguridad social, la vida en condiciones dignas, a la salud, entre otros⁶ Y principalmente, por cuanto dicha situación no fue objeto de demanda de reconvención por parte de la entidad demandada.

Ahora bien, se observa que la demandante percibió durante su último año de servicio unas **horas extras**, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 como un factor que hace parte de la base de liquidación de la pensión, la cual se ha debido tener en cuenta por la entidad demandada al momento de reliquidar la pensión de jubilación, y como ello no fue así, se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación devengada por la actora incluyendo las horas extras como factor salarial, siempre y cuando se haya cotizado sobre ellas, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de unificación **SUJ-014 -CE-S2 -2019** calendada 25 de abril de 2019.

De igual manera, frente a la **“bonificación mensual docentes”** está probado que para el último año de servicios prestados fue devengada por la docente

⁶ En sentencia del 25 de marzo de 2010 la Sección Segunda, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número: 25000-23-25-000-2000-07769-03(2066-06) en la cual, en aplicación del precedente plasmado por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, señaló:

“(…)

Es cierto que en la demanda no se solicitó el pago de la indemnización que por esta vía se ordena, pero no es menos cierto que en sede administrativa sí se pidió dicha prestación y la entidad demandada se ocupó de ella a través del acto demandado. Por consiguiente, mal haría la Sala en asumir una actitud impróvida para denegar tal prestación, cuando con tan riguroso formalismo se estarían desconociendo derechos fundamentales del demandante, tales como el de la seguridad social, la vida en condiciones dignas y la salud, entre otros. Por eso y aunque, se repite, tal prestación no fue solicitada en sede judicial, pues el actor pidió la pensión de invalidez y no la indemnización, resulta forzoso aplicar en este caso la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, que declaró exequible el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que enseña que cuando el fallador advierte que la administración ha violentado un derecho fundamental debe entrar a reconocerlo, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 228 de la Carta, así no hubiese hecho parte de las normas violadas ni del concepto de la violación esgrimido en la demanda. El juez en estas circunstancias no puede ser un convidado de piedra, como tampoco un simple espectador de los dramas humanos ocasionados por la violencia que por años ha azotado a nuestra nación. Por todo lo anterior, no se aplicará en este caso el principio de la justicia rogada que ha caracterizado por años a esta jurisdicción, sino que por el contrario es deber del juez decidir por fuera de lo pedido, con el fin de garantizarle al demandante sus derechos sustanciales, los cuales deben prevalecer cuando los hechos expuestos en el libelo así lo determinen, de acuerdo con el viejo aforismo latino “Da mihi Factum, dabo tibi ius” (Dame los hechos y yo te daré el derecho). En esas condiciones no resulta proporcional que un ciudadano haya cumplido con su deber legal y constitucional de prestar un servicio a la patria y que por un simple formalismo una autoridad de la República no cumpla con los fines esenciales del estado, en cuanto a la protección que debe brindar a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y demás derechos y libertades, más aún si al momento de impartir justicia evidencia la vulneración de un derecho fundamental de aplicación inmediata.(…)” (Negrilla y Subrayado de la Sala)

MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO, ~~fue devengada~~, la cual fuera creada por el **Decreto 1566 de 2014** *“Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.”*, que en su artículo 1 especifica:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016.”(Negrilla y Subrayas de la Sala)

En este punto resulta ilustrativa, la reciente jurisprudencia la Sección Quinta, en sede de tutela se abordó, la existen diversas interpretaciones frente al hecho de si puede haber **reliquidación pensional de un docente por nuevos factores**, señalando:

*“(…) En virtud del principio de favorabilidad laboral, el cual es de obligatorio cumplimiento para todos los operadores judiciales, deberá resolver la duda en favor del trabajador, **situación que conduce inexorablemente a afirmar que, para el caso concreto sí puede existir reliquidación pensional por factores adquiridos con posterioridad al estatus jurídico, de conformidad con el marco normativo especial de los docentes, en consonancia con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.***

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

Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que estableció que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores

públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes⁷. (...)” (Se destaca)

A partir del anterior contexto y en virtud del principio de favorabilidad laboral se considera del caso, efectuar una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia, en consonancia con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019⁸, y para efectos de la reliquidación de la prestación, debe de tenerse en cuenta la bonificación creada mediante el **Decreto 1566 de 2014**, normativa según la cual constituye factor salarial para todos los efectos y fue percibida por la demandante durante su último año de servicios.

Finalmente, ordenó el a quo en la sentencia de primera instancia la inclusión de la prima de servicios como factor salarial, lo cual resulta inviable, por cuanto no constituye un factor establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 sobre los cuales ha debido efectuar aportes al sistema durante dicho periodo, y por lo tanto al no haber realizado cotizaciones sobre los mismos, no tiene derecho a su inclusión.

7.4.1. De la Prescripción.

La prescripción de las mesadas pensionales se ha de regir conforme a lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 que establecen un término de tres años contados a partir de la petición, el cual ha sido establecido por el legislador para garantizar la materialización de los derechos de los trabajadores dentro de una oportunidad razonable e inmediata, y asegurar así la definición de un derecho dentro de un límite temporal, y no lo somete a una incertidumbre frente a reclamaciones futuras.⁹

En tal sentido, observa la Sala que mediante Resolución No. 2038 del 21 de octubre de 2016 se ordena el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la señora Martha Lucía González Fierro, con efectividad a partir 11 de agosto de 2016 (*Fl. 10 C. 1Inst.*), y la demanda se radicó el 23 de junio de 2017 (*Fl. 21 C. 1Inst.*), es decir, que el fenómeno de la prescripción no tuvo operancia.

8. CONCLUSIÓN.

Atendiendo a las prescripciones normativas y en cumplimiento del más reciente precedente jurisprudencial del máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encuentra la Sala que a la señora **MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO**, no le asiste derecho a la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta la **totalidad** de los factores salariales

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Radicación: 11001-03-15-000-2019-04192-00 MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE.
⁸ Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 calendarada 25 de abril de 2019, radicación número: 680012333000201500569-01 (0935-2017) proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado
⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección b. Sentencia del 22 de septiembre de 2011. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04969-01(2412-10). Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

devengados en el último año de servicios, como quiera el Ingreso Base de Liquidación que se encuentra regulado por las Leyes 33 y 62 de 1985, establece los factores salariales sobre los cuales **debió realizar aportes o cotización**.

No obstante lo anterior, resulta necesario **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, como quiera que a la señora **Martha Lucía González Fierro** le asiste derecho a la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta como factor salarial las **horas extras y bonificación Mensual DC. 1566** certificadas como devengadas en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional, en la medida de los aportes realizados sobre ellas, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de unificación **SUJ-014 -CE-S2 -2019 calendarada 25 de abril de 2019**, como quiera que el Ingreso Base de Liquidación que se encuentra regulado por las Leyes 33 y 62 de 1985, establece los factores salariales sobre los cuales **debió realizar aportes o cotización**, en la cual se encuentra enlistada las horas extras y en lo relacionado con la Bonificación Mensual DC. 1566, el decreto de creación dispuso que la misma constituirá factor salarial para todos los efectos legales y que sobre la misma se debían realizar los aportes obligatorios.

9. COSTAS.

Como quiera que la decisión del a quo de no condenar en costas en **primera instancia** no fue objeto de apelación por ninguna de las partes, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno al respecto.

Ahora bien, en lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, advierte la Sala que en el trámite aquí surtido no se generaron, y por lo tanto no procede condena en costas, lo anterior en aplicación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que entrega al juez la facultad de **disponer** sobre su condena, a partir del análisis de diversos aspectos dentro de la actuación procesal y principalmente que aparezcan **causadas y comprobadas**, descartándose así una apreciación objetiva que atienda únicamente a quien resulte vencido para que le sean impuestas; y el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual luego de fijar las situaciones en las cuales procedería la condena en costas, establece en su numeral 8 que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En consecuencia, no se dispondrá condena en costas a la parte demandada, como quiera que en el trámite de la segunda instancia, por cuanto no obra prueba de su causación.

10. DECISIÓN.

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

FALLA

PRIMERO: PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva el 3 de diciembre de 2018, la cual quedará así:

***“PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito denominadas Inexistencia del Derecho a reclamar por parte del demandante; Buena fe; Prescripción; Inexistencia de la vulneración de principios legales; La relación jurídica sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional y Excepción genérica o innominada, formuladas por la parte demandada.*

***SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 2083 del 21 de octubre de 2016, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a la docente nacionalizada MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO.*

TERCERO: CONDENAR** a la Nación-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, reliquidar y pagar a la señora MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 36.169.423, las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el **12 de agosto de 2016**, hasta la fecha en que se realice el pago, debidamente indexadas y liquidadas de conformidad con lo señalado en la parte motiva, es decir, además de la inclusión de los factores salariales ya reconocidos, como la asignación básica mensual, prima de navidad y prima de vacaciones; **deberán ser incluidas las horas extras y la bonificación mensual dc. 1566** acreditadas como devengadas en el año anterior a la adquisición del status pensional, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, **en la medida de los aportes realizados, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 - 2019 calendada 25 de abril de 2019.

***CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.*

***QUINTO: SIN COSTAS** en esta sentencia por no aparecer causadas.*

***SEXTO:** La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO HUILA, dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 ibídem.*

***SÉPTIMO: REMITIR** por Secretaría los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A. para el cumplimiento de la sentencia, y en firme esta providencia, EXPEDIR a las partes las copias o fotocopias que soliciten, teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos 114 y 115 del C.G.P.*

***OCTAVO: DISPONER** la devolución del remanente de los gastos del proceso, si los hubiere, una vez liquidados por Secretaría.*

***NOVENO:** Para efectos de la ejecución de la providencia deberá observarse lo preceptuado en los artículos 305 y 306 del C.G.P.*

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2017 00157 01 Rad. Interna: 2019-0041

Demandante: MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

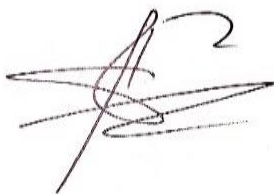
DÉCIMO: ARCHÍVESE el proceso una vez ejecutoriado el fallo y desanotado del sistema de radicación.”

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

Notifíquese y Cúmplase

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado (Con aclaración de voto)



JOSE MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada
(Ausente con permiso)

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2017 00157 01 Rad. Interna: 2019-0041

Demandante: MARTHA LUCÍA GONZÁLEZ FIERRO.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

República de Colombia**Rama Judicial****TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA****SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

M.P. DR. GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA

Aclaración de Voto**Dr. GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA.**

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTORA: MARTHA LUCIA GONZALEZ FIERRO

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

PROVIDENCIA: SENTENCIA de segunda instancia

RADICACION: 41 001 33 33 001 2017 00157 01

Rad interna: 2019-0041

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 MODIFICAR la decisión del Juez de primera instancia, la cual había ACCEDIDO a las súplicas de la demanda de reliquidar la pensión de jubilación incluyendo fuera de los factores salariales reconocidos, la prima de servicios, para en su lugar RECONOCER las horas extras y la bonificación mensual decreto 1566, que había devengado para cuando adquirió el status pensional.

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.

No obstante lo anterior, y parodiando el análisis de la misma providencia de la cual se aclara el voto, se expone que la Sección Quinta del Consejo de

Estado al resolver una acción de tutela¹⁰, ya había amparado el derecho fundamental al debido proceso y **ordenado incluir el factor salarial de la bonificación mensual para el sector docente que acreditó haberla devengado en el último año de servicios**, al considerar que con anterioridad la Sección Segunda ya había resuelto igual pretensión¹¹ y en aplicación del principio de favorabilidad laboral, dando una interpretación sistemática a la situación pensional de los docentes.

Las Salas Sexta y Quinta venían condicionando el reconocimiento de factores salariales del magisterio incluidos en la Ley, con la circunstancia de “**siempre y cuando se hubiere cotizado**” luego con el condicionamiento “**en la medida de los aportes**”, y en el caso bajo análisis, se entiende que el empleador conforme a lo dispuesto en el decreto 1566 de 2014, realizó los descuentos y aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por dicho concepto.

En esa medida y bajo esos criterios se aprueba el proyecto, bajo el entendido que en caso que el empleador no hubiere realizado los descuentos y aportes correspondientes obligatorios, se debe adoptar la directriz expuesta en la cita jurisprudencial de la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, de realizar los descuentos.

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

¹⁰ Sección Quinta, Consejo de Estado, Sentencia de 31 de octubre de 2019, C.P. Dra. Rocio Araujo Oñate, Rad. 1101 0315 000 2019 04192 00

¹¹ Subsección A Consejo de Estado, Sentencia 28 abril 2012 con Rad. 13001 2331 2005 01005 01

del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de las (i) pensiones, que se reflejan necesariamente en el pago de las prestaciones sociales.

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

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

En la sentencia T-234 de 2018, la Honorable Corte Constitucional al estudiar los efectos de la omisión en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones a cargo del empleador por la no afiliación, resaltó de nuevo la irrenunciabilidad de la seguridad social, la que se debe garantizar a los colombianos, garantía constitucional consagrada a la vez en distintos instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos de la Persona y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observando que la finalidad del derecho es amparar las consecuencias normales de la vejez, la viudez, la invalidez y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

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

Que aunado a la obligación de realizar los aportes por parte del empleador, se encuentra la posibilidad de garantizar su cumplimiento a través de la **imposición de sanciones moratorias** y *“una consecuente obligación en cabeza de las entidades administradoras de pensiones de los diferentes regímenes, en virtud de la cual deberán adelantar las acciones de cobro con*

motivo del incumplimiento de tales obligaciones, claro está cuando el trabajador se encuentre afiliado al sistema.”

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

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

Cordialmente,



GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado.