

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Neiva, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 005-2018-00198-01
Demandante	:	NOHEMY POLANCO DE QUINTERO
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto	:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – DOCENTE
Acta	:	13

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó a las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

"(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho

*orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden **también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos** o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...)."*

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, en calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta el promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, así como el pago de las diferencias resultantes de la reliquidación solicitada.

Al respecto se advierte que actualmente existen a cargo de la Sala una gran cantidad de procesos que versan sobre el mismo asunto, además, existe una reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con el tema, en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del asunto y con el fin de evacuar de manera uniforme las controversias a las que se ha hecho referencia, esta Sala, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La señora Nohemy Polanco Quintero, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones¹:

"1. Declarar la nulidad parcial de la actuación administrativa contenida en la Resolución No. 121 del 9 de enero de 2018 "por el cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación", en lo que tiene que ver con la

¹Folios 1 a 3.

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 y reliquidación posterior.

2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 29 de septiembre de 2014, fecha en la cual mi mandante adquirió el status de pensionado, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación a mi mandante, a partir del 29 de septiembre de 2014, fecha en la cual mi mandante adquirió en status de pensionado, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status.

2. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

3. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con la constitución y la ley tomando como base la variación del índice de precios al consumidor conforme lo establecido en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A.

5. La parte demandada, dará cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.).

6. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

7. Condenar en costas a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, teniendo en cuenta la omisión en el en el acatamiento del precedente jurisprudencial y conforme lo estipulado en el Artículo 188 del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cual se rige por lo estipulado en el Artículo 365 del Código General del Proceso.

8. Condenar en costas a la entidad demandada en caso de proponer excepciones previas y que estas se resuelvan de forma desfavorable de conformidad con lo estipulado en el Artículo 365 del Código General del Proceso.

9. Que de las sumas que resultan a favor de mi mandante se descuente lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada”.

1.2. Hechos²:

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. La demandante laboró al servicio de la docencia oficial por más de 20 años y cumplió con la edad establecida para ser acreedora de la pensión de jubilación, la cual fue reconocida a través de la Resolución No. 121 del 9 de enero de 2018.

1.2.2 La liquidación pensional solo tuvo en cuenta los factores salariales de asignación básica, prima vacaciones y asignación adicional coordinador 20%, sin incluir la prima de servicios y la prima de navidad devengadas en último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

1.3. Fundamentos de Derecho³

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 15 de la Ley 91 de 1989; 1 de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978; 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,

² Folio 3

³ Folios 5 a 12.

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.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue radicada el 13 de junio de 2018 (fl. 47), correspondiendo por reparto al Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva, despacho judicial que mediante auto de 4 de julio de 2018 de 2018 la admitió, ordenando notificar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (fl. 36).

La diligencia de notificación se surtió en debida forma el 30 de enero de 2019 a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la entidad

demandada, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar en folio 67.

2.2.- Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a estar debidamente notificada, no presentó contestación de la demanda.

2.3.- Audiencia inicial

A través de providencia de 9 de julio de 2019 (fl. 74) EL Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 22 de julio de 2019 a las 8:00 a.m.

En el acta de la audiencia inicial (fls. 76 a 87 vlto) se dejó constancia que no había excepciones previas por resolver, ni de oficio por decretar, en consecuencia, procedió a continuar con el trámite de la audiencia.

Acto seguido, el *A quo* fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda, delimitando el problema jurídico en establecer si la demandante tiene derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquide la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año en que prestó sus servicios como docente, de conformidad y en concordancia con la Ley 33 y 62 de 1985, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario devengado.

Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda, dándoles el valor legal que les corresponda, sin necesidad de decretar alguna prueba a de oficio.

En consecuencia, al no existir pruebas por practicar, el Juzgado decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, dando aplicación a lo dispuesto en el

artículo 179 del C.P.A.C.A., procedió a conceder el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que expusieran sus alegatos de conclusión.

2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia

La *parte actora* presentó alegatos de conclusión en la audiencia inicial (minuto 19:24), en los que reiteró los argumentos expuestos en el concepto de violación de la demanda.

La entidad demandada no constituyó apoderado judicial para que la representara en la audiencia.

El *Ministerio Público*, no emitió concepto.

2.6.- Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Neiva, a través de sentencia dictada el 30 de julio de 2019⁴, resolvió:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con la consideración antes expuesta.

TERCERO: En firme la presente sentencia archívese el expediente, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión.

Como fundamento de su decisión, el *A quo* manifestó que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, los docentes oficiales que hayan ingresado con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, se le aplicara, en materia pensional, las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985.

Señaló que la Ley 33 de 1985 dispuso como requisitos para obtener la pensión de jubilación que el empleado haya servido por un periodo de 20 años y llegue

⁴ Folios 90 a 101.

a la edad de 55 años de edad, además que la liquidación pensional se realizaría sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Indicó que el Consejo de Estado mediante la sentencia del 28 de agosto de 2018 estableció que las pensiones de jubilación debían ser liquidadas de acuerdo a las cotizaciones realizadas para el trabajador, en respeto del sistema de contribución bipartida que debe existir entre lo aportado y lo que el sistema reporta en favor del trabajador.

Expuso que la misma Corporación en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 dentro del expediente 2015-00569, señaló que los docentes que hayan ingresado al servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, tiene derecho a percibir una pensión de jubilación en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, esto es, con el promedio del 75% de los factores salariales enlistados en dichas normas y sobre los cuales se hayan efectuado cotizaciones en el último año de servicio.

Indicó que la demandante devengó prima de navidad y prima de servicios, factores que no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, en consecuencia, no tiene derecho a que hagan parte del IBL.

2.7.- Recurso de apelación

La *Parte actora* interpuso recurso de apelación mediante memorial radicado el 8 de agosto de 2019 (fls. 105 a 114), en el que indicó que la demandante había adquirido su derecho a la pensión en el tiempo en que se profirió la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010, que ordenó la inclusión de todos los factores salariales en las pensiones de los docentes oficiales.

Manifestó que se creó una confianza legítima en la administración de justicia, pues según la anterior jurisprudencia, miles de docentes instauraron reclamaciones administrativas para que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconociera en el IBL la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio.

Adujo que con la sentencia que emitió el Consejo de Estado de abril de 2019 se vulneró el principio de la confianza legítima, pues de una forma abrupta cambió la línea jurisprudencial que se había fijado desde el año 2010, por lo que tampoco otorgó una seguridad jurídica.

Señaló que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 ordenó que los descuentos pensionales se realizarían sobre todos los rubros devengados por los docentes, por lo cual, no es procedente reconocer menos factores de los que se están cotizando.

2.8.- Trámite de segunda instancia

Mediante auto del 29 de agosto de 2019⁵ se concedió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

A través de auto de 3 de octubre de 2019⁶ se admitió el recurso de apelación y mediante providencia de 31 de octubre de 2019⁷, se corrió traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión.

2.9.- Alegatos de conclusión segunda instancia

Las partes guardaron silencio.

El *Ministerio Público* no emitió concepto en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

⁵ Folio 116

⁶ Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

⁷ Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

En el asunto de la referencia interpuso recurso de apelación la parte actora, solicitando revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva y que, en su lugar, se accedan a las súplicas de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se trata de apelante único, de manera que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, el cual resulta aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

Al respecto, el inciso primero del artículo referido preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)"

En efecto, tratándose de apelante único, la competencia del Juez de segunda instancia se encuentra circunscrita a los motivos de la impugnación, de modo que, no le es dado entrar a analizar la providencia recurrida en los aspectos que no fueron objeto de apelación, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en el presente caso no se encuentra reparo alguno en lo que tiene que ver con la oportunidad de la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo del asunto, teniendo en cuenta los aspectos sobre los cuales recae la apelación.

3.2.- Planteamiento del caso

En el caso objeto de estudio, la *parte actora* demandó la nulidad parcial de la Resolución No. 121 del 9 de enero de 2018, a través de la cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Nohemy Polanco de Quintero y, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reliquidar esa prestación, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional, esto es, incluir la prima de navidad y la prima de servicios, asimismo, solicitó el pago retroactivo e indexado de las diferencias en las mesadas resultantes de la reliquidación que reclama, el pago de intereses moratorios, el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y que se condene en costas a la entidad demandada.

El *Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva*, negó las pretensiones de la demanda, considerando que, en virtud de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, las pensiones de los docentes solo pueden incluir los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se hayan efectuado cotizaciones.

Por su parte, la *parte actora* interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, manifestando que la demandante adquirió el derecho pensional en vigencia de la sentencia de unificación de agosto de 2010 que ordenaba el reconocimiento de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios en el IBL, y de aplicar la sentencia de abril de 2019 se vulnerarían los principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

3.3.- Problema jurídico

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si se debe o no revocar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar ordenar a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de jubilación con la totalidad

de los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicio.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; iii) línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en relación con los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la base pensional de este grupo de servidores y; iv) análisis del caso concreto.

3.4.- Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- La demandante prestó sus servicios a favor de la Secretaría de Educación del Huila desde el 21 de agosto de 1997 al 12 de julio de 2014, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (parte considerativa de la Resolución No. 121 del 9 de enero de 2018 fl. 21).
- A través de Resolución No. 121 del 9 de enero de 2018, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación por aportes a favor de la demandante, en cuantía de \$2.307.704, a partir del 29 de septiembre de 2014. Prestación liquidada con el 75% del promedio de la asignación básica, asignación adicional Coordinador 20% y prima de vacaciones devengadas durante el año de servicios anterior al retiro del servicio (fl. 20 a 24).

⁸ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

- De acuerdo con las Certificaciones Salariales obrante en folios 26 a 45, entre el 1 de julio de 2013 al 31 de julio de 2014, la demandante devengó: a) *Asignación básica*; b) *Asignación Adicional Coordinador*; c) *Sueldo vacaciones*; d) *prima de vacaciones*; e) *Prima de servicios* y f) *prima de navidad*.

3.5. Normatividad en relación con régimen pensional de los docentes oficiales

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes, en síntesis, son:

a) La Ley 6ª de 1945

Estatuto aplicable a los empleados oficiales y particulares, tanto del orden nacional como territorial, en materia de prestaciones sociales consagró:

"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..."

b) Ley 33 de 1985

La citada Ley 6ª estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 33 de 1985, pero el régimen de transición previsto en la nueva ley permitía que se siguiera aplicando la norma anterior en lo que tiene que ver con la edad de jubilación. Al respecto, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso:

"Art. 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) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento 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.

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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.” (Lo resaltado fuera de texto)

Significa lo anterior que la Ley 33 de 1985 previó las siguientes excepciones a su aplicación:

- 1) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- 2) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre **edad de jubilación**, que regían con anterioridad.
- 3) Y los empleados oficiales que, a la fecha de la vigencia de la ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con relación a los eventos contemplados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es de precisar, así como lo ha hecho la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que los docentes oficiales no gozan de un régimen especial de pensiones.

En tal sentido, esa Corporación⁹ ha señalado que:

"Los docentes que presten sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3 del Decreto 2277 de 1979) pero no regula lo relativo al régimen pensional.

Lo anterior, por cuanto las citadas normas no previeron requisitos especiales para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales".

Así las cosas, a los docentes les es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, siempre y cuando no se hallen amparados por el régimen de transición que dicha norma establece, caso en el cual su situación prestacional se encuentra cobijada por lo dispuesto en el régimen anterior a esa normatividad, en lo que tiene que ver con la edad pensional.

Ahora, en lo atinente a la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, la mencionada Ley 33 de 1985 estableció los factores que constituyen la base para liquidar los aportes, en su artículo 3º, el cual, a su vez, fue modificado por la Ley 62 del mismo año, la cual dispuso o siguiente:

"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 la 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 (...)"

c) Ley 91 de 1989

⁹ Sentencia del 20 de septiembre de 2007, expediente radicado con el No. 76001-23-31-000-2002-04660-01 (7703-05).

La Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de prestaciones Sociales de Magisterio, en su artículo 15 consagró el derecho a la pensión de jubilación a favor de los docentes oficiales, en los siguientes términos:

"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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

*2. Pensiones:
(...)*

*Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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.
(...)"*

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que la citada Ley 91 de 1989 en su artículo 15 no consagró un régimen especial de pensiones a favor de los docentes oficiales, sino que para efectos de establecer las condiciones en que se debe reconocer la pensión allí consagrada, se debe acudir a la norma general contenida en la Ley 33 de 1985¹⁰, vigente en ese momento.

d) Ley 100 de 1993

A través de esta Ley, se expidió el Régimen General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, cuyo artículo 21, estableció que el ingreso base de liquidación de las pensiones sería el siguiente:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

¹⁰ Así lo señaló, entre otras, en la sentencia de unificación No. SUJ-014-CE-S2-19, proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso número 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), siendo Consejero Ponente el doctor César Palomino Cortés.

Adicionalmente, el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, consagró un régimen de transición a favor para quienes a la entrada en vigencia de la norma tuvieran 15 años de servicios o su equivalente en tiempo de cotización, o 40 años de edad si fuesen hombres y 35 años de edad si fuesen mujeres, a quienes se les aplicarían las disposiciones sobre edad, tiempo de servicios y monto de la pensión señalados en la normatividad anterior, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos~~".

De otra parte, el artículo 279 de la citada Ley 100 de 1993, exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *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.(...)” (Resaltado por la Sala).

Así las cosas, se tiene que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al haber sido exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, y no gozar de un régimen especial en material pensional, continuarían cobijados por la Ley 33 de 1985, en concordancia con la Ley 91 de 1989.

d) Ley 812 de 2003

Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, cuyo artículo 81 dispuso que los docentes oficiales nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003, se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989 en materia pensional, mientras que los vinculados a partir de esa fecha, se les aplicará el régimen contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad para pensión, que será de 57 años para hombres y mujeres.

"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.

(...)

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

(...)”

En desarrollo de esta disposición el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, previó:

"La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8º y 9º del Decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización."

e) Parágrafo Transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005

Más adelante, el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, estableció:

"Artículo 1º. (...)

*A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República **y a lo establecido en los párrafos del presente artículo**".*

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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 ésta. (...)"

Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

f) Ley 1151 del 2007

Este estatuto, por el cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la ley 812, entre las cuales se encuentra precisamente el artículo 81, antes transcrito¹¹.

¹¹ Artículo 160. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el inciso segundo del artículo 63 de la Ley 788 de 2002, así como las demás disposiciones vigentes sobre el monto de la contribución cafetera a que se refiere la misma ley, el parágrafo del artículo 4º de la Ley 785 de 2002, el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 549 de 1999, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 y el artículo 79 de la Ley 1110 de 2006 y el inciso 3º del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. Continúan

De otra parte, cabe señalar que de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo 2285 de 1955, el Decreto Ley 244 de 1972, artículo 5º, y la Ley 4 de 1992, artículo 19, literal g, los docentes oficiales se encuentran en la posibilidad de continuar ejerciendo la docencia, aun cuando les haya sido reconocida la pensión de jubilación, siempre que no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, lo cual constituye una excepción a la regla general según la cual, nadie puede percibir más de una asignación del tesoro público.

En concordancia con lo anterior, se debe recordar que según el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, subrogado por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, *"los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución"*.

3.6. De los factores salariales que sirven de base para la liquidación pensional de empleados oficiales y de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Para efectos de establecer la forma en que se deben liquidar las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Sala considera necesario recordar que el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010¹², proferida dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por un beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a quien en virtud de la transición le resultaba aplicable el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, consideró que los factores para la liquidación de la pensión señalados en estas disposiciones no podían considerarse como taxativos, sino que para tal efecto, se deberían incluir todos los factores devengados por el trabajador

vigentes los artículos 13, 14, 20, 21, 38 reemplazando la expresión "el CNSSS" por "la Comisión de Regulación en Salud", 43, 51, 59, 61, el parágrafo del artículo 63, 64, 65 para el servicio de gas natural 69, 71, 75, 81, 82, 86, 92, 99, 103, 110, 121 y 131, de la Ley 812 de 2003.

¹² M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Radicado No. 0112-2009.

como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les diera, claro está, realizando los descuentos correspondientes sobre las sumas incluidas.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el cual establece que las pensiones de los Representantes a la Cámara y Senadores de la República *"no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista"*, precisó que para la liquidación de estas pensiones, solo se deberían tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones y que el **"monto"** de la pensión al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no hace parte del ingreso base de liquidación de la pensión, pues éste se encuentra expresamente consagrado en el inciso tercero del mismo artículo 36 y en el artículo 21 de la Ley 100 y comprende los factores y tiempo de cotizaciones que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, mientras que el "monto", hace referencia únicamente a la tasa de reemplazo o porcentaje de liquidación de la pensión, que es del 75%.

Por lo tanto, en esa oportunidad la Corte concluyó que las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985, se deberían liquidar teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación establecido en el inciso tercero del artículo 36 y en el artículo 21 de la citada Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Adicionalmente, en sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional señaló que las consideraciones expuestas en la sentencia C-258 de 2013, no se limitaban al régimen pensional de los congresistas, sino que resultaban aplicables para todos los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de modo que para todos ellos, la pensión de jubilación se debería liquidar con el monto (entendido como el porcentaje de liquidación) establecido en el régimen anterior, pero aplicando el ingreso base de liquidación de la aludida Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016¹³, señaló que *"el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje"*.

Asimismo, reiteró la postura expuesta en la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, tendrían derecho a la liquidación de sus pensiones con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, y el hecho de que no se hubiesen efectuado cotizaciones sobre la totalidad de esos factores, no impedía su inclusión, de modo que, al reliquidar la pensión se deberían ordenar los descuentos correspondientes sobre los factores cuya inclusión se ordenara.

Además, en la misma providencia de 25 de febrero de 2016, el Consejo de Estado indicó que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no resultaban vinculantes para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que, la primera se refirió al régimen aplicable a los congresistas, mientras que la segunda, se profirió dentro de un proceso donde la demandante tenía la calidad de trabajador oficial, y finalmente sostuvo que, si bien la Sentencia SU-230 de 2015 consideró como ajustada a la Constitución la interpretación hecha por la jurisdicción ordinaria, sobre la aplicación del régimen de transición, esa interpretación no implica que la postura que sobre ese aspecto ha hecho la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se encuentre ajustada a la constitución, tratándose de la reliquidación de la pensión de jubilación para los empleados públicos.

Sin embargo, el mismo Consejo de Estado, en sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 modificó su postura en torno a la interpretación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13).

100 de 1993 **y a la aplicación del régimen pensional de la Ley 33 de 1985**, estableciendo como **regla** que "*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*", y como **subreglas** que *i)* la liquidación de la pensión para quienes se encuentren incluidos en aquella, debe realizarse bajo las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y *ii)* 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.

Al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado, indicó en relación con la segunda subregla, lo siguiente:

"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.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 10 de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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.***

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema (...)."

Posteriormente, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en reciente **sentencia de unificación No. SUJ-014-CE-S2-19, proferida el 25 de abril de 2019** dentro del proceso 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), siendo Consejero Ponente el doctor César Palomino Cortés, fijó la siguiente regla:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo".

Cabe señalar que, la adopción de esta regla de unificación tuvo como fundamento las siguientes consideraciones:

"50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de

los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" .

51. En criterio de la Sala, 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.

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 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.

(...)

61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

(...)

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

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

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

67. 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".

De otra parte, en lo que tiene que ver con la vinculatoriedad de la regla de unificación antes mencionada, la citada sentencia de 25 de abril de 2019 precisó:

"74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables".

De lo expuesto hasta el momento se concluye que, conforme a la regla sentada por el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, las pensiones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio 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 y, en ningún caso podrán incluirse factores distintos a los señalados en la Ley 62 de 1985, criterio que adopta la Sala en atención al carácter vinculante del precedente, conforme a lo señalado en la misma providencia.

3.7. Análisis del caso concreto

En el caso objeto de estudio, de acuerdo con los hechos probados a los cuales se hizo referencia anteriormente, se tiene que la docente Nohemy Polanco de Quintero se vinculó al servicio educativo estatal como docente Nacional con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, razón por la cual, en materia pensional le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

Luego entonces, atendiendo a la normatividad y jurisprudencia citadas en precedencia, se tiene que las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, deben ser liquidadas con el 75% del promedio de lo devengado en el año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, contando en todo caso con la posibilidad de obtener la reliquidación a que haya lugar con ocasión del retiro definitivo del servicio, conforme lo señalado en el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, subrogado por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, al cual se hizo alusión anteriormente.

Adicionalmente, se tiene que, conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, a la cual se hizo alusión en esta providencia, las pensiones de los docentes se deben liquidar teniendo en cuenta como factores computables solamente aquellos que sirvieron de base para los aportes durante el último año de servicios y estén enlistados en la Ley 62 de 1985.

Al respecto, se advierte que, entre los factores devengados por la actora durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional, según las certificaciones obrantes en folios 26 a 45, se encuentran la asignación básica, asignación adicional coordinador, sueldo vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad; no obstante, solo la primera se encuentra en la lista taxativa de la Ley 62 de 1985, luego entonces, en el presente caso, dicha prestación se debió liquidar incluyendo únicamente esa partida (asignación básica), rubro que fue incluido en el acto administrativo que se demanda.

Por tal razón, se concluye que, en este caso, la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional solicitada, razón por la cual, habrá de confirmarse la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

Pese a lo anterior, se advierte que, en este caso, la entidad demandada en la Resolución No. 121 del 9 de enero de 2018 liquidó la pensión de la señora Nohemy Polanco de Quintero, incluyendo como partidas computables, la *asignación básica, asignación adicional coordinador y prima de vacaciones* percibidas en su último año de servicios, es decir que, la Entidad demandada incluyó factores adicionales a los enlistados normativamente.

Al respecto, la Sala encuentra que la liquidación efectuada por la entidad sobrepasa los Criterios fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en el sentido de incluir solo los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985.

Sin embargo, el acto administrativo objeto de estudio se mantendrá incólume, en razón a la protección de los derechos adquiridos de la demandante y al principio constitucional del debido proceso, ya que la parte actora no acude ante la Administración de Justicia para desmejorar una prerrogativa que ya fue reconocida mediante acto administrativo, el cual es, el que depreca en nulidad.

Ahora bien, señala la parte recurrente que le asiste derecho a lo pretendido, porque la demandante adquirió su status pensional en vigencia de la Sentencia

de agosto de 2010, que ordenó la inclusión de todos los factores salariales en el IBL.

Sobre el particular precisa la Sala que la sentencia del 25 de agosto de 2019 indicó que sus efectos serían de forma retrospectiva, es decir, que podría ser aplicada para todos los casos que no tuvieran sentencia ejecutoriada, caso de la demandante, pues su situación jurídica hasta la fecha no se había decidido, en consecuencia, no le asiste razón a la apoderada de la parte actora en solicitar la aplicación de los efectos de una providencia del año 2010.

De otro lado, evidencia la Sala que no se vulneró el principio de seguridad jurídica, ni confianza legítima; al contrario, con la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019 se unificó el régimen pensional de los docentes que ingresaron al servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, toda vez que fijó un único IBL, el cual sería liquidado de conformidad con la Ley 62 de 1985 y en la medida de las cotizaciones realizadas.

Lo anterior teniendo en cuenta, que según el territorio en donde el docente prestara sus servicios podría haber normas de carácter municipal o departamental que les crearan salarios distintos, es decir que para los docentes existían una pluralidad de normas, de toda clase, que reconocían factores de distinta naturaleza, sobre los cuales la autoridad administrativa o judicial debía estudiarlo para determinar si tenían la calidad de salarial o no y en consecuencia ordenar su inclusión en la base prestacional.

Así las cosas, al tener ahora una sola regla que gobierna el IBL de los docentes oficiales, se tiene mayor certeza jurídica de los factores que deben ingresar en la liquidación pensional, igualmente la Ley 33 de 1985 y el Acto Legislativo 01 de 2005, señalaron que las pensiones solo pueden ser liquidadas según las cotizaciones efectuadas, es decir, que antes de la emisión de la sentencia de unificación del año 2019, se tenían unas normas que establecieron el parámetro de la cotización y por el otro una jurisprudencia que se basaba en la naturaleza de los rubros percibidos para conformar la Base de Liquidación, por lo tanto, solo hasta el año pasado, fue que se encontró una armonía entre las

bases normativas y la jurisprudencia, creando así una verdadera seguridad jurídica.

En suma, no le asiste razón al apoderado de la parte actora en su recurso de apelación al argumentar que se deben acceder a las pretensiones de la demanda, pues como se indicó es imperioso aplicar las reglas contenidas en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019; en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* se abstuvo de condenar en costas a la parte actora, decisión que no fue objeto de apelación, por lo tanto, permanecerá incólume.

4.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas¹⁴ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto¹⁵, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365¹⁶

¹⁴ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁵ "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)" (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), **"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"**.

Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, la Sala encuentra que no obran elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por la entidad demandada que hagan procedente a la imposición de costas en contra de la parte demandante.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia,

el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas por tal concepto en esta instancia.

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

V. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia dictada el 30 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora Nohemy Polanco de Quintero contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

 GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA Magistrado (Aclara voto)	 BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS Magistrada	 JOSÉ MILLER LUGO BARRERO Magistrado
---	---	---