

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida

Neiva, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinte (2020)

ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIRYAM HERRERA VARELA
DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN : 41 001 33 33 008 2017 00646 01
RAD. INTERNA: 2019-0242

Aprobado en Sala de la fecha. Acta No. 017

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 la parte demandante contra la sentencia de 27 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual se acogieron parcialmente a las súplicas de la demanda.

2. LA DEMANDA.

2.1. De las pretensiones.

MIRYAM HERRERA VARELA 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 del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1614 del 7 de julio de 2017, por medio del cual la Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación de la demandante, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengado en el último año de servicios, en particular las **primas de navidad, servicios y bonificación mensual docentes**.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a la actora, la pensión de jubilación a que tiene derecho, indexando la primera mesada pensional y con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así mismo solicita que las condenas sean reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo, hasta cuando se verifique su pago total, en aplicación de la fórmula establecida por la jurisprudencia.

De otra parte, presente se condene a la entidad demandada al pago de intereses moratorios sobre las cantidades liquidadas dispuestas en las sentencia, en los términos y cuantía fijados por el artículo 195 del C.C.A.

Finalmente, solicita se condene al pago de costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.2. Hechos.

Pueden resumirse de la siguiente manera:

La señora MIRYAM HERRERA VARELA nació el 4 de abril de 1962 y cumplió los 55 años de edad el 4 de abril de 2017 y prestó sus servicios como docente por más de 20 años de servicios, desde el 17 de marzo de 1994 al 4 de abril de 2017.

Que mediante **Resolución No. 1614 del 7 de julio de 2017** la Secretaría de Educación del Municipio de Neiva reconoció a favor de la señora MIRYAM HERRERA VARELA una pensión vitalicia de jubilación, con efectividad a partir del 5 de abril de 2017, omitiendo la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, específicamente **las primas de navidad, servicios y bonificación mensual docentes.**

2.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación.

Se enuncian como normas violadas el preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123 inciso 2° y 209 de la Constitución Nacional; artículos 2, 3, 35, 36, 69 y numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; artículo 1 de la Ley 33 de 1985; artículos 288 y 272 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

Como concepto de violación, sostiene que en las entidades pública recae el deber de observar los precedentes jurisprudenciales reiterados en materia pensional, como lo es la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, que en relación a los factores salariales a tener en cuenta para calcular la pensión de las personas cobijadas por la Ley 33 de 1985, arribó a la conclusión que dicha norma, que fuera modificada por la Ley 62 de 1985, no enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, sino que permite la inclusión de todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, interpretación que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Fl. 56-61 C. 1Inst.)

Se opuso a **las pretensiones** y solicitó que se condene en costas a la parte actora, pues no son procedentes a la luz de la normativa aplicable al caso ni el acto acusado ha vulnerado el ordenamiento jurídico.

En relación con los hechos indicó que no le constan y deben probarse en el trámite, resaltando que en virtud del proceso de descentralización del servicio educativo en las entidades territoriales certificadas, el Ministerio de Educación Nacional (en adelante MEN) no tiene la facultad nominadora de los docentes oficiales y por tal razón no es la llamada a atender las pretensiones de la demandante.

Con base en lo anterior propuso las excepciones de: **a)** Falta de integración del contradictorio – listisconsorcio necesario de la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante Fonprema); **b)** La relación jurídico-sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del MEN; **c)** vinculación de la secretaría de educación que emitió el acto administrativo atacado – integración del contradictorio; **d)** inexistencia de la vulneración de principios legales; **e)** prescripción y **f)** innominada o genérica.

En concreto, dichas excepciones se sustentan en que el Fonprema es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica pero con independencia patrimonial, contable y estadística y por lo mismo no hace parte del MEN, además que los recursos que lo integran son actualmente administrados por la Fiduciaria La Previsora S.A., quien en virtud del contrato de fiducia pública No. 083 de 1990 ejerce como vocera y representante judicial del patrimonio autónomo que allí se conformó con los bienes objeto del fideicomiso, por eso dicha sociedad es quien debe comparecer al proceso como lo permite el artículo 54 del CGP.

Añadió que si el MEN no tiene la facultad nominadora de los docentes estatales, mucho menos tiene competencia para expedir actos administrativos relacionados con las prestaciones sociales de dichos servidores y ello puede evidenciarse en el presente asunto, pues en virtud de los artículos 3 de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962 de 2005 tal función corresponde a las secretarías territoriales de educación, luego es la respectiva Secretaría de Educación Territorial quien también debe concurrir al proceso, pues entre otras cosas, es la nominadora de la actora, expidió el acto que le reconoció la pensión de jubilación y tiene en su poder su expediente administrativo.

Agregó que de todos modos, el acto acusado no es contrario al ordenamiento jurídico, habida cuenta que reconoció la prestación en aplicación de la normativa que rige la situación jurídica de la demandante, la cual dispone claramente que en la liquidación de la prestación solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar aportes para pensión, por eso la reliquidación deprecada es improcedente y así lo ratificó la Corte Constitucional en las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-395/17, entre otras, al igual que lo hizo el Consejo de Estado a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, cuya primera regla y su sub-regla no son aplicables a los docentes oficiales porque expresamente lo indicó tal

providencia, pero la segunda sub-regla sí los vincula porque frente a la misma no hizo exclusión.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fl. 85-89 C. 1Inst.)

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia del 27 de agosto de 2017 acogió parcialmente las pretensiones de las demanda, declarando la nulidad parcial de la Resolución No. 1614 del 7 de julio de 2017, por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación a favor de la señora MIRYAM HERRERA VARELA, únicamente en lo que respecta al valor de la mesada pensional allí de terminada.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la NACIÓN-MNISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la señora HERRERA VARELA, *“teniendo en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, además de los factores ya considerados en la Resolución 1614 del 07 de julio de 2017, la bonificación mensual docentes percibida en el ultimo año anterior a la adquisición del status (comprendido entre el 05 de abril de 2016 al 04 de abril de 2017)”*; negando las demás pretensiones y sin condenar en costas.

Para tal efecto, precisó que el problema jurídico versa en establecer por una parte si le asiste o no derecho a la accionante a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta en la determinación del ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.

Con el fin de resolver el problema jurídico, el a quo argumentó que en relación con el régimen aplicable de los docentes, que de conformidad con la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 incisos 1 y 2 y el Acto Legislativo 01 de 2005, los docentes que se vincule con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley será el establecido para el Magisterio en normas anteriores, y los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 les resulta aplicable el régimen de prima media establecido en el Sistema General de Pensiones consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Que teniendo en cuenta que la accionante ingreso al servicio docente desde 1994, esto es, antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual en materia pensional se rige por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, la cual en su artículo 15 numeral 2 literal A), dispuso que los docentes que se vinculen a partir de 1981 y 1990 se les reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio del último año, estableciendo que el régimen aplicable lo será el vigente para los empleados del sector público nacional, es decir la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, de tal manera, que no se puede concluir que los docentes gozan de un régimen especial, sino que les resulta aplicable el establecido para el sector público nacional.

Que la Ley 33 de 1985 establece en su artículo 1 como requisitos para la pensión de jubilación acreditar 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad para hombres como mujeres, cumplidos los cuales tendrá derecho a una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Que al interpretar el contenido de dicha normativa, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, arribó a la 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 servicio, siempre que dichos conceptos devengados por el trabajador no estén expresamente exceptuados por el legislador para efectos prestaciones y que la inclusión de los nuevos factores se haga acompañada de los descuentos para aportes que se hayan dejado de efectuar.

En ese orden de ideas, manifiesta que al encontrarse acreditado que a la señora MIRYAM HERRERA VARELA le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 1614 del 7 de julio de 2017, teniendo en cuenta como factor salarial únicamente la asignación básica y la prima de vacaciones, sin embargo, de conformidad con el certificado de factores salariales expedido por la Secretaría de Educación de Neiva, durante el último año de servicio, percibió además de la asignación básica y la prima de vacaciones, bonificación mensual docentes sobre la cual ordena descontar el valor de los aportes para cotización y que no se hubiesen efectuado.

Excluyendo lo pagado por concepto de "pago de sueldo de vacaciones", al manifestar que el mismo no es un factor adicional de remuneración sino que se trata de un descanso remunerado, y por tanto el mismo se encuentra comprendido dentro del sueldo mensual certificado.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN. (Fl. 79-88 C. 1Inst.)

Inconforme con la anterior decisión, la mandataria judicial de la demandante considera que el precedente de unificación del 28 de agosto de 2018 no es aplicable al *sub lite*: primero, porque allí expresamente se estableció que los docentes (afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) que hayan ingresado al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, están exceptuados del régimen de transición. Y segundo, porque la situación pensional de dicho gremio se rige por la Ley 91 de 1989, que a su vez, remite a la Ley 33 de 1985 y establece que la mesada se liquidará sobre el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

En tal virtud, considera que el precedente jurisprudencial que debe sustentar la decisión, es el que se encontraba vigente en el momento de instaurar la demanda, en este caso los del 4 de agosto de 2010 y 25 de octubre de 2018. En tal virtud, solicita revocar la sentencia y acceder a las pretensiones de la demanda.

6. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

Las partes **demandante** reiterará los argumentos presentados en la demanda,alzada. (fl. 18-30 C. 2Inst.) El representante del **Ministerio Público** y la **parte demandada**, guardaron silencio (Fl. 32 C. 2Inst.).

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 la sentencia calendada 27 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva y como consecuencia de ello, declarar que a la parte demandante **-MIRYAM HERRERA VARELA-**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 de servicios con anterioridad a la adquisición del status pensional.

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 De la legitimación por pasiva de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes.

Argumenta la entidad demandada que no existe a cargo la obligación legal de reconocer la prestación en los términos solicitados por la parte actora, por cuanto los actos administrativos demandados fueron expedidos la Secretaria de Educación y no contiene la manifestación de voluntad de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

Al respecto, se advierte que en armonía con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989¹; las prestaciones sociales de los docentes, deben ser reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio², a través de las secretarías de educación territoriales a las que se encuentren vinculados; quienes deben elaborar el proyecto de resolución de

¹ "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

² Artículo 9. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

reconocimiento de las prestaciones (artículo 56 de la Ley 962 de 2005³), y suscribir el acto administrativo definitivo; previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración del referido fondo (artículo 3° del Decreto 2831 de 2005)⁴.

Disposiciones normativas que permiten arribar a la conclusión que corresponde a la **Nación-Ministerio de Educación Nacional** el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se causen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, a través del Fondo Nacional de Prestaciones de la Nación, encontrándose así, que las entidades territoriales actúan a nombre y representación de la Nación y el respectivo fondo en calidad de delegadas, por lo tanto no son las legitimadas directas para responder por las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, en relación con la **Fiduprevisora S.A.** como administradora del Fondo de Pensiones del Magisterio, según los artículos 3° y 6° de la Ley 91 de 1989, la administradora es una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% del capital y para tal finalidad, el Gobierno Nacional debe suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil, sin embargo su intervención en el trámite no es de fondo, ya que no define el derecho que se reclama y si bien le puede corresponder pagar, es en ejercicio del contrato de fiducia que tiene con la entidad nacional y no como responsable obligado a cumplir el derecho, pues es un mero administrador.⁵

Al abordar el estudio la falta legitimación del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio el H. Consejo de Estado advirtió que a pesar que de las secretarías de educación (departamentales o locales) y la Fiduciaria participan en el trámite de la expedición de los actos de reconocimiento, **es a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**, quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial expide el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestaciones solicitadas, en efecto manifestó:

(...) es claro para la Sala que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el que tiene la obligación de reconocer y pagar los derechos prestacionales de los docentes y si bien la Ley 962 de 2005 establece un trámite para el reconocimiento de las prestaciones sociales, el cual fue reglamentado por el Decreto 2831 de 2005, en el que actúa la secretaría de educación del ente territorial para el cual labora el docente y la sociedad fiduciaria, es al citado Fondo al que el legislador le otorgó la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes, cuando dispuso «[...] Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo [...]».

Ahora, como el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue

³ “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

⁴ “Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones”

⁵ H. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 8 de febrero de 2016. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14).

creado como «[...] una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica [...]», su representación judicial corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en virtud del mandato contenido en el artículo 159 (inciso 2º)⁶ del CPACA, razón por la cual es únicamente la Nación – Ministerio de Educación Nacional, la persona jurídica legitimada en la causa por pasiva para actuar en el presente asunto.»⁷

De tal manera que, conforme a la normativa y jurisprudencia expuesta con anterioridad, compete a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial.

7.2.2. 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:

⁶ “La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección b. Sentencia del 26 de octubre de 2017. Radicación número: 08001-23-33-000-2012-00362-01 (1800-14). Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

“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 registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

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 párrafo 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". (Negrillas 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.

7.2.3. 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)

Pronunciamiento 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 educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 008 2017 00464 01 Rad. Interna: 2019-00464

Demandante: MIRYAM HERRERA GALINDO

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

• Ley 62 de 1985		• Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ 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%</u> ⁸	
(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)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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
	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.		(Decreto 1158 de 1994)

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 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.

⁸ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

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.

7.2.4. 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 así⁹:

- 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 Público¹⁰.
- **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 caso¹¹.

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 inmodificables¹², 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 cobija a los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

7.2.5. Caso concreto.

Pretende la parte demandante se revoque la sentencia del 27 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de

⁹ 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.

¹⁰ Art. 271 Inc. 1° C.P.A.C.A.

¹¹ Art. 271 Inc. 2° C.P.A.C.A.

¹² 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.

Neiva mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda, al considerar que teniendo en cuenta las pruebas allegadas se encuentra plenamente demostrado que la entidad demandada realizó la liquidación de la mesada pensional sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados previo al año anterior a adquirir el status, y previo al año anterior al retiro.

Al respecto, del material probatorio debidamente allegado al expediente, se puede colegir como debidamente acreditado que mediante **Resolución No. 1614 del 7 de julio de 2018** expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Neiva, en nombre y representación de la Nación, 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 MIRYAM HERRERA VARELA, efectiva a partir del 5 de abril de 2017, como docente de vinculación nacionalizado. Para tal efecto se indica que laboró en el FNPSM desde el 17 de marzo de 1994 al 4 de abril de 2017, para un total de 23 años y 13 días de servicio.

Así mismo, se indica que la señora MIRYAM HERRERA VARELA adquirió el status de jubilado el 4 de abril de 2017, y la mesada pensional se liquidó en un 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicio anterior al status, correspondiente a la **asignación básica, prima de vacaciones y bonificación docentes** (Fl. 19-18 C. 1Inst.).

De tal manera que, el demandante MIRYAM HERRERA VARELA se vinculó al servicio público de educación el **17 de marzo de 1994**, es decir que su vinculación tuvo ocurrencia 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 1°. 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.”(Negrillas 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 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el cual en su artículo 1° preceptúa:

“ARTÍCULO 1°. 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 de salario obrante a folios 22 a 23, expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, la demandante MIRYAM HERRERA VARELA, durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, devengó los siguientes factores salariales **asignación básica, prima de vacaciones, bonificación mensual docentes, prima de navidad y prima de servicios**, 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 1° 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.**

Evidenciándose así, que los factores salariales devengados, cuya inclusión pretende la parte actora, el cual se encuentran certificados por la Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, que no fueron reconocidos en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, verbigracia, las **prima de navidad y prima de servicios**, no se encuentra entre los factores salariales mencionados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, por ende, y conforme a la jurisprudencia de unificación del 25 de abril de 2019, no puede ser objeto de

discusión en el ingreso base de liquidación para liquidar la pensión, por lo que se infiere que se liquidó acorde a la ley.

También observa la Sala que al momento del reconocimiento de la pensión a través de la Resolución No. 1614 del 7 de julio de 2017 se tuvo en cuenta para establecer la mesada pensional lo devengado por concepto **prima de vacaciones**, no se ordenará la reliquidación de la pensión sin tener en cuenta dichos factores, por cuanto ello ocasionaría la disminución de la mesada pensional que la demandante que percibe y se vulneraría así sus derechos fundamentales tales como el de seguridad social, la vida en condiciones dignas, a la salud, entre otros¹³.

En este orden de ideas, se ha de **confirmar** la sentencia de primera instancia que denegó a las pretensiones de la demanda.

8. 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”*.

¹³ 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)

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 008 2017 00464 01 Rad. Interna: 2019-00464

Demandante: MIRYAM HERRERA GALINDO

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

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.

09. 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: CONFIRMAR la sentencia proferida 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito judicial de Neiva, de conformidad con lo argumentos expuestos en esta instancia. Como consecuencia,

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Notifíquese y Cúmplase

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado
Ausente con permiso