REGIMENES PENSIONALES DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Lo determina la fecha de vinculación al servicio / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Reglas / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes: De acuerdo con el parágrafo 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, así: **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.**

NOTA DE RELATORÍA: Los docentes afiliados al Fondo nacional de prestaciones del magisterio no gozan de un régimen especial de jubilación, ver**:** C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencias de 14 de febrero de 2013, Rad.: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); 17 de noviembre de dos mil once (2011) Rad.: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); 23 de junio de 2011Rad.: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11).

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Efectos retrospectivos

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. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no

puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 -ARTÍCULO 15 NUMERAL 2 LITERAL A / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 15 NUMERAL 2 LITERAL B / LEY 812 DE 2003 **/** ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 - ARTÍCULO 81 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 - PARÁGRAFO TRANSITORIO 1 / LEY 33 DE 1985 / LEY 91 DE 1989 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 36 / LEY 60 DE 1993 / LEY 115 DE 1994 / LEY 812 DE 2003 / LEY 797 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: XXX

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

Actor: ABADÍA REYNEL TOLOZA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FOMAG

Sentencia de unificación
Sentencia SUJ-014 -CE-S2-2019

Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Tema: Ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio / Docentes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no son sujetos de la transición pensional. Su régimen es el previsto en la

Ley 91 de 1989[1]/ Docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003: Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 ídem y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Ley 1437 de 2011

I. ASUNTO[2]

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[3], con fundamento en los artículos 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13A ordinal 2º del Reglamento del Consejo de Estado, profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

II. ANTECEDENTES

i. La demanda

2. La señora Abadía Reynel Toloza, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - (Fomag).

ii. Pretensiones

Declaraciones:

a. "Declarar que es NULO parcialmente el acto administrativo contenido en la Resolución No. 1338 del 27 de agosto de 2012 "por la cual se reconoce y ordena el pago de una PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN de un docente Nacional/Situado Fiscal", en una cuantía de "2.092.282, efectiva a partir del 04 de junio de 2012 (folios 3 – 4), expedida por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del Secretario de Educación de conformidad con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 (folios 3-4), por cuanto no incluyó todos los factores salariales **devengados** por la demandante en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus de pensionada" (Resalta la Sala).

b. "Declarar que el (sic) poderdante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación (revisión) de la pensión de jubilación, **incluyendo la totalidad de**

---

[1] Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica […] 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 […]".

[2] Los párrafos se enumeran para facilitar el análisis y citas de la sentencia.

[3] Ordinal 1º del artículo 237 de la Constitución Política.

los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus de pensionada" (Resalta la Sala).

c. "Declarar que la pensión de jubilación deberá ser liquidada con base en la totalidad de los factores salariales devengados por el (sic) poderdante en el último año de servicios".

d. "Declarar que el (sic) poderdante tiene derecho a que sea indexada la primera mesada pensional".

e. "Declarar que el (sic) poderdante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en los términos del inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011".

f. "Declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993".

Condenas:

a. "Condenar a la entidad demandada a reliquidar (revisar) la pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada".
b. "Condenar a la entidad demandada a indexar la primera mesada pensional".
c. "Condenar a la entidad demandada a pagar de manera indexada las sumas de dinero adeudadas".
d. "Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los reajustes ordenados por el Gobierno Nacional para las pensiones de jubilación, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y demás normas aplicables".
e. "Condenar a la entidad demandada para que ajuste las sumas que resulte deber de conformidad con el índice de precios al consumidor o al por mayor".
f. "Condenar a la entidad demandada a que le dé cumplimiento a lo que se disponga en el fallo en el término legal".
g. "Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993".
h. "Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en los términos del inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011".

iii. Los hechos:

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes[4]:

a. La demandante nació el 3 de junio de 1957 y cumplió 55 años el 3 de junio de 2012. Aportó para pensiones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el 25 de agosto de 1976 y hasta el 03 de junio de 2012.

b. La señora Abadía Reynel Toloza acreditó un total de tiempo de servicio como docente nacionalizado de 36 años, 2 meses y 9 días. El último lugar de servicio fue el Instituto Técnico Superior de Comercio del municipio de Barrancabermeja

[4] Ver folios 14 a 18

(Santander). Para la fecha en la que adquirió el estatus de pensionada se encontraba clasificada en el grado 14 del Escalafón Nacional Docente.

c. De acuerdo con lo anterior, la demandante adquirió su estatus de pensionada el 3 de junio de 2012. El último año anterior a la fecha de adquisición del estatus de pensionada fue el comprendido entre el 3 de junio de 2011 y el 3 de junio de 2012. La entidad demandada reconoció una pensión de jubilación en favor de la actora, tomando como factores salariales, la asignación básica, la prima de vacaciones, prima de navidad y la prima climática. Según se dice en la demanda, la entidad "omitió incluir la Prima Extraordinaria".

d. Mediante Resolución 1338 de 27 de agosto de 2012 el Secretario de Educación Municipal de Barrancabermeja reconoció y ordenó pagar a la señora Abadía Reynel Toloza, la pensión vitalicia de jubilación por la suma de $2.092.282, efectiva a partir del 4 de junio de 2012, por sus servicios prestados como docente nacionalizado. Según se dispuso en la parte resolutiva de este acto administrativo, la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, "pagará la Pensión Vitalicia de Jubilación".

e. Para la demandante, transcurridos más de 30 meses desde la adquisición del estatus de pensionada, la primera mesada pensional que percibe "ha perdido poder adquisitivo, porque la pensión no se liquidó con la inclusión de todos los factores salariales desde el momento de la adquisición del estatus de pensionada".

f. En el proceso de elaboración, formalización y ejecución del acto administrativo que debe resolver la petición sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación, intervienen las siguientes autoridades:

- El profesional universitario adscrito al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en este caso, bajo la responsabilidad del Secretario de Educación.
- La Fiduciaria La Previsora S.A., a través de la oficina de prestaciones económicas o el organismo que ella determine, todo lo cual está bajo la responsabilidad del presidente de La Fiduciaria La Previsora S.A.
- El Secretario de Educación, quien debe firmar el acto administrativo.

4. En la demanda se citaron como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: Artículos 2º., 4º., 6º., 13º., 23º., 25º., 48º., 53º., 83º., 84º., 95º., 209 y 228.
- Ley 6 de 1945, art. 17º.
- Ley 65 de 1946, art. 3º.
- Ley 24 de 1947, art. 2º.
- Ley 48 de 1962, art. 4º.
- Ley 4 de 1966.
- Ley 5 de 1969 art. 2º.
- Ley 33 de 1985, art. 3º.
- Ley 62 de 1985, art. 1º.
- Ley 91 de 1989, arts. 2º y 15º.
- Ley 100 de 1993, art. 141º.
- Ley 812 de 2003, art. 81º.

- Ley 962 de 2005, art. 56º.
- Ley 1437 de 2011, art. 192º.
- Decreto 1848 de 1969, art. 99º.
- Decreto 1045 de 1978, art. 45º.
- Decreto 2277 de 1979, artículo 36, literal f).
- Decreto 2831 de 2005.

5. En el concepto de violación se indicó que: i) el acto administrativo acusado infringe las normas en las cuales debía fundarse. Se precisó que la entidad demandada desconoció el parágrafo 1 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 y el inciso 1 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. De acuerdo con la normativa anterior a esta última ley, la liquidación de la pensión de jubilación para los docentes equivale al 75% del promedio salarial devengado en el último año; ii) existió interpretación errónea del artículo 99 del Decreto 1848 de 1969; y, iii) se desconoció el precedente fijado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre los factores salariales que se deben incluir de la liquidación de la pensión de jubilación bajo el régimen de transición.

iv. La contestación de la demanda

6. La demanda fue admitida mediante auto de 27 de julio de 2015. La entidad contra la que se admitió fue la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[5].

7. La Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Argumentó que la pensión de jubilación de la señora Abadía Reynel Toloza "*fue cancelada en debida forma y de conformidad con la ley, por medio de las entidades legalmente competentes, es decir, la secretaría de educación de la entidad territorial a la cual pertenecía la demandante y la Fiduciaria La Previsora S.A., administradora y vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Ley 962 de 2005 y D.L 2831 de 2005)*".

8. La entidad precisó que la demandante para la fecha en la que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, 29 de enero de 1985, no cumplía con los requisitos previstos en la misma normativa para que le fueran aplicables las normas sobre régimen pensional expedidas con anterioridad a la mencionada Ley 33 de 1985, particularmente en materia de edad. La señora Abadía Reynel Toloza, no gozaba de un régimen prestacional de naturaleza especial, y no cumplía con el tiempo de servicio requerido al momento de la entrada en vigor de la citada Ley 33 para ser beneficiaria de la transición allí prevista[6]. Por lo tanto, según la demandada, el régimen aplicable a la señora Abadía Reynel Toloza es el previsto en la Ley 33 de 1985.

9. En cuanto a los factores que se deben tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación son los previstos en el artículo 3 de la mencionada Ley 33 de 1985. Formula como excepciones: i) Prescripción de las

[5] Folios 26 y 27
[6] El inciso primero del Parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 dispone: "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".

mesadas pensionales causadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. La excepción se plantea pero no se indica la fecha a partir de la cual opera la prescripción trienal; ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que el Ministerio de Educación no expidió el acto administrativo de reconocimiento. Dicho acto fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconocen a la planta de docentes, a través de las Secretarías de Educación. El pago está a cargo de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del patrimonio autónomo. Se dice expresamente que la parte demandada en el presente proceso no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de los recursos del fondo; iii) Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley. El régimen aplicable a la actora es el previsto en la Ley 33 de 1985, en la que no se prevén los factores solicitados en la demanda.

v. La audiencia inicial

10. El 25 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial dentro del proceso promovido por la señora Abadía Reynel Toloza contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En esta audiencia: i) Se declaró saneado el proceso; ii) Se declaró no probada la falta de legitimación en la causa por pasiva. Para el Tribunal, el acto administrativo demandado fue proferido por el Secretario de Educación de Barrancabermeja, como representante de la Nación, Ministerio de Educación, en uso de las facultades que le confiere el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005; iii) Se fijó el litigio señalando que en el presente caso es necesario "determinar si la demandante ABADÍA REYNEL TOLOZA tiene derecho, o no, a que se le reliquide la pensión de jubilación, **incluyendo para tal efecto todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus**"; iv) Se declaró fallida la etapa de conciliación; v) y en la misma audiencia se decretaron las pruebas solicitadas por las partes[7].

vi. La primera instancia

11. El Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia el 24 de noviembre de 2016, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante[8].

12. En síntesis, el Tribunal indicó que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el sistema integral de seguridad social previsto en dicha normativa, no tiene aplicación para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando con fundamento en las normas vigentes. En el caso de la demandante, su situación pensional se define bajo las condiciones previstas en la Ley 33 de 1985. Y, de manera puntual sobre los factores salariales que comprenden el ingreso base de liquidación, señaló el Tribunal, acogiendo el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado fijado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, que la pensión de la

[7] Folios 110 a 112
[8] Folios 157 a 167

demandante debe reliquidarse incluyendo “todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios previo a la adquisición de su derecho pensional y que la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no tuvo en cuenta al liquidar la prestación, con excepción de las vacaciones y de la bonificación por recreación «…»”.

13. De otra parte, el Tribunal se refirió de manera expresa sobre la obligación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo previsto en la Ley 91 de 1989. Y precisó que: “[…] tanto los entes como la Fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo, actúan como unos meros facilitadores para que los docentes oficiales tramiten el reconocimiento y pago de su pensión y prestaciones sociales, lo cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues si bien, éstos elaboran los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones económicas y posteriormente con la aprobación de la Fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo, los suscriben, dicha actuación se realiza es en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por atribución de la Ley y en esa medida, no obligan al ente territorial ni comprometen sus recursos para el pago de las prestaciones”. Por lo tanto, indica que la entidad a cargo de la que está la obligación de reliquidar la pensión de jubilación de la señora Abadía Reynel Toloza, es la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no la Secretaría de Educación del municipio de Barrancabermeja, entidad territorial que suscribió el acto administrativo demandado en virtud de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

14. El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad parcial de la Resolución 1338 de 27 de agosto de 2012 y a título de restablecimiento del derecho dispuso: i) Ordenar a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación de la señora Abadía Reynel Toloza, de conformidad con el porcentaje señalado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, teniendo en **cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus**, excluyendo las vacaciones y la bonificación por recreación si a estas hubiere lugar, así como aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado por el ejercicio de su función, cancelando las diferencias a que haya lugar y efectuando los reajustes de ley; ii) Ordenar la indexación de la primera mesada pensional que resulte de la inclusión de todos los factores salariales devengados por la demandante; iii) En caso de no haberse efectuado todos los aportes de ley, realizar las compensaciones a las que haya lugar.

15. El *a quo* impuso condena en costas a la entidad demanda.

vii. El recurso de apelación

16. La entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia bajo el argumento que el régimen aplicable a la actora para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985, según la cual “sólo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para liquidación de aportes durante el último año de servicio”. El régimen anterior a la Ley 91 de 1989, incluía las modificaciones de la Ley 33 de

1985 “por lo cual es claro que en relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuados aportes a la seguridad social”. Señala que las primas de navidad y vacacional reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado de factores que trae la Ley 33 de 1985 para tener en cuenta en la liquidación de la pensión, por lo tanto, no podían incluirse en la base de liquidación de la actora.

17. Insiste en los argumentos que sustentaron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta en la contestación de la demanda. Señala que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial sin personería jurídica y por lo tanto, “el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la secretaría de educación territorial y no la de la entidad contra la que se dirige la presente demanda”.

18. Por último, indica que la obligación que se reclama es inexistente, y que en el evento de no considerarse de esta manera, solicita que se aplique la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

viii. Alegatos de conclusión

19. La Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, insiste en los argumentos expresados en el recurso de apelación para solicitar que se revoque la sentencia recurrida y se nieguen las pretensiones de la demanda[9].

20. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

ix. Intervención de terceros

21. Mediante escritos allegados al expediente por la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación- Fecode- y la Junta Directiva del Sindicato de Maestros de Casanare, intervinieron para exponer sus argumentos sobre la interpretación de la sentencia de 28 de agosto de 2018 y su aplicación frente al régimen pensional de docentes. Al respecto la Sala debe señalar que de acuerdo con el artículo 224 del CPACA la oportunidad para intervenir en esta clase de procesos es preclusiva y se limita hasta antes que se profiera auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, por lo tanto, no se impartirá trámite a la solicitud y no se dará respuesta a los argumentos planteados en la medida que no provienen de sujetos habilitados para intervenir en el proceso.

22. La señora Abadía Reynel Toloza, a través de apoderada, a quien confirió poder “para que de manera exclusiva intervenga en la etapa de alegaciones en el trámite de unificación de jurisprudencia”, presentó sus argumentos frente al auto de 31 de octubre de 2018 para precisar que el Ingreso Base de Liquidación para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 (nacionales o nacionalizados) o nombrados a partir del 1 de enero de 1990, está previsto expresamente en el artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley 91 de 1989, y es equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, motivo por el

[9] Folios 208 a 213

cual, la norma prevé en su integridad el componente pensional IBL, por lo que no resulta procedente, para estos docentes, la remisión a la Ley 33 de 1985, y en ese orden no es válido aplicar para definir el "monto" de las pensiones de los docentes esta última disposición. En criterio de la actora, "habiendo previsto el citado artículo 15, numeral 2, literal B de la Ley 91 de 1989, el IBL para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 (nacionales o nacionalizados) o nombrados a partir del 1 de enero de 1990 sobre todo lo que constituye "salario" no es dable al intérprete efectuar conclusiones distintas a las que emergen del propio texto normativo". La actora insiste que el componente pensional IBL, 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, conforme al artículo 15 numeral 1, inciso 2 de la Ley 91 de 1989, en consonancia con el numeral 2, literal B ídem, y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, es el 75% del salario mensual promedio del último año, entendiendo por "salario" todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

III. CONSIDERACIONES

i. Competencia

23. De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

24. Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con lo señalado en los artículos 13A y 14 del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 58 de 1999).

ii. Tema objeto de unificación

25. De acuerdo con el auto de 31 de octubre de 2018[10] en el presente asunto se dan los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para proferir una sentencia de unificación por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Lo anterior, en razón a la necesidad de **sentar jurisprudencia** sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

26. La Sala advierte que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: i) No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y ii) se trata de problemas jurídicos distintos como se explicará más adelante.

---

[10] Por medio del cual la Sala Plena de la Sección Segunda avocó el conocimiento del presente proceso para proferir sentencia de unificación.

27. Sin embargo, en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tendrá en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico en este caso.

28. Los temas que fueron fijados en el auto de 31 de octubre de 2018 y que serán desarrollados en este providencia son los siguientes:

> "«…»
> 1.- **Alcance de la subregla** fijada [en la sentencia de 28 de agosto de 2018] sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985, en el sentido que: "**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".** La Sección Segunda del Consejo de Estado debe definir si esta subregla aplica para los docentes oficiales nacionales y nacionalizados vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuyo régimen pensional se rige por la Ley 91 de 1989.
>
> 2.- **Régimen de pensión ordinaria de jubilación** de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con las reglas señaladas en el artículo 15, numeral 2, literales A y B de la **Ley 91 de 1989.**
>
> En este tema se debe abordar la interpretación del régimen previsto en los literales A y B de la norma citada, que comprende, según la fecha de vinculación al servicio:
>
> A. Una **pensión ordinaria de jubilación** para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que es compatible con la pensión gracia.
>
> B. Una **única pensión de jubilación** equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año** 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.
>
> 3.- **Régimen pensional de prima media** establecido en las leyes del Sistema General de Pensiones, aplicable a los docentes en los términos del **artículo 81 de la Ley 812 de 2003**, en concordancia con el **Acto Legislativo 01 de 2005.**
> «…»**"**.

29. La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el **régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la **regla** establecida en esa providencia[11], así como la **primera subregla**, "no cobija a los docentes afiliados al

---

[11] La regla jurisprudencial que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sobre el IBL enel régimen de transición fue la siguiente: "**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**". Para liquidar el IBL al grupo de beneficiarios del régimen de transición, el Consejo de Estado fijó dos subreglas: **"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.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989[12]. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición".**

30. La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 "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".

31. Sin embargo, se hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, para precisar lo siguiente:

I. "Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «…».
II. "Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «…».
III. "Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)".

32. 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, es una norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que

---

- 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.

[…]

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. […]

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".**

[12] Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica […] 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 […]".

sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010[13].

33. La postura interpretativa que adoptó la Sección Segunda sobre la inclusión de la totalidad de los factores salariales en la base de liquidación, se ha aplicado al resolver los casos sobre pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que han consolidado su estatus pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989[14].

34. En este orden de ideas, la Sala debe definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989.

35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

- ✓ **Los docentes** afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están **exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**[15], por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como

---

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., 4 de agosto de 2010, Radicación Número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: Luis Mario Velandia, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

[14] La Sección Segunda, Subsección A, al confirmar en grado de consulta la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió a las súplicas de la demanda presentada por el señor Pablo Eduardo Ramírez Castro contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consideró, en atención a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sección, que el Decreto 2277 de 1979 "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", "incuestionablemente" comprende un régimen "especial", pero este cuerpo normativo "no regula las pensiones de jubilación ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985". Y, precisó, a partir del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que "[…] si el régimen de seguridad social en materia pensional establecido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes, cabe concluir que esta prestación continúa sometida al régimen legal anterior, que no es otro que el de la Ley 33 de 1985 con el régimen de transición aplicable restrictivamente [se refiere al régimen de transición previsto en la misma Ley 33 de 1985, art. 1º. Parágrafo 2]. Consideró igualmente en esa oportunidad la Sala que el Tribunal de instancia "acertó" al declarar la nulidad de los actos enjuiciados y que correspondía al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la pensión de jubilación del actor [vinculado al servicio docente], en las condiciones de la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1 dispone que dicha prestación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Y que resultaba ajustado a la jurisprudencia del Consejo de Estado [se citó de manera expresa la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-09], que el Tribunal "haya determinado que deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, no sólo los factores enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año, sino todos aquellos devengados por el demandante durante el último año de servicios, es decir todas aquellas sumas que percibió el señor […] de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por norma legal" Cfr., CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, sentencia de veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00276-01 (4268-13).

[15] El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: "[…]
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".

tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

- ✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.
- ✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales"[16].
- ✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003[17], tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los

---

[16] Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que:

" […] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal *"son empleados oficiales de régimen especial"*; según las previsiones del mismo, **la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial** (Resaltado fuera de texto).

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993[16] dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que *"El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley".* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

[17] Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres[18].

iii. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

36. El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

> "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".

37. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales 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, así:

> I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** 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.
>
> II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.

38. La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

---

[18] La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso:

> *"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 «…»".*

Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

39. Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

40. El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:

> *"Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
> *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
> *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975"*[19]*.*

41. De acuerdo con los antecedentes legislativos, el proyecto de ley buscó una solución concertada entre el Gobierno Nacional y la Federación Colombiana de Educadores, Fecode[20], a la problemática generada por la diversidad de regímenes y las obligaciones que concurrían entre la Nación y las entidades territoriales.

42. En la Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 49 de 1989 Senado, "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", se dijo principalmente que el proyecto constaba de dos aspectos básicos:

> a.- **La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** como una cuenta especial de la Nación "con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria, estatal o de economía mixta en la cual el Estado posea más del 90% de capital […]".
> b.- **La definición de un Régimen Laboral único para los docentes a partir del 1 de enero de 1990.** Sin embargo, para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se conservó el régimen prestacional del que gozaban en cada entidad territorial "de conformidad con las normas vigentes". En los antecedentes de la ley se expuso sobre este aspecto, en particular: "El pliego de modificaciones se ajusta a la proposición del Gobierno, que consiste en respetar las normas vigentes en las entidades territoriales para los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y para quienes ingresen con posterioridad a esta fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional".

---

[19] Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado "optó por lo que se denominó la "nacionalización" de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal "nacionalización", el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación".
[20] Gaceta No. 108, Año XXXII, 23 de octubre de 1989, Anales del Congreso, Imprenta Nacional, Tomo 2 – 56 a 130, Senado de la República de Colombia.

43. Se consideró entonces, que todos los maestros colombianos, con excepción de los del nivel superior o universitarios, vinculados a la Nación, de conformidad con las leyes vigentes, a partir del 1 de enero de 1990, quedarían sometidos al **sistema prestacional** y de cesantías **aplicables a los empleados públicos del orden nacional**, de acuerdo con las leyes presentes o futuras. Salvo dos excepciones, como se indicó en los debates sobre régimen pensional: **La primera** relacionada con el derecho a percibir pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación; y **la segunda**, relacionada con las condiciones y requisitos de la pensión de jubilación para los docentes. Dichas excepciones fueron propuestas de la siguiente manera:

> "**Excepción número 1**. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes tuviesen o lleguen a tener derecho a **la pensión de gracia,** se les reconocerá este derecho «…».La nueva norma define al señalado día, como el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975 […].
>
> **Excepción número 2**. Los pensionados del Magisterio cuya vinculación hubiera sido posterior al 1 de enero de 1981, serán beneficiarios de **una mesada adicional**, **pagadera a mitad de año**. El valor de la **pensión** será igual al **75% del salario mensual promedio del último año**.
>
> «…»
>
> Se aprecia que la transacción correcta es mantener la expectativa de reconocimiento de la pensión de gracia para quienes se hubieran vinculado con anterioridad al 1 de enero de 1981, y para los pensionados vinculados con posterioridad a esa fecha reconocer la mesada de medio año en adición a la aplicación del **régimen pensional nacional**, que tasa la pensión inicial en el 75% del sueldo promedio del último año «…»".

44. El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:

> ***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 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
>
> ***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 1º 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.***
«…»*".*

45. De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

I. **Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación**: Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.

II. **Derecho a una pensión de jubilación** bajo el régimen vigente para los pensionados del **sector público nacional**, y a **una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**.

46. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados[21], y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985[22].

47. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

48. El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

49. Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

---

[21] Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.
[22] "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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"[23].

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 l**os 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.**

53. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.

54. En la Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 49 de 1989 Senado, "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", se dijo que "El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo", y que esta fuente de financiación del Fondo "se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que se sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y las liquidaciones anuales de cesantías". Se indicó: "[…] existe imposibilidad de incrementar las cotizaciones por encima de lo tasado en el artículo 8 o de disminuir las prestaciones por debajo del límite de lo hasta ahora consagrado en las entidades territoriales o de lo que regirá para todos en el futuro, que es lo vigente con referencia a los empleados públicos del orden nacional".

---

[23] LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

"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".

55. De acuerdo con la ponencia, el régimen de **cotizaciones o de aportes** "refleja un **acuerdo total entre el Gobierno y el gremio de los educadores**, quienes manifiestan que esa tabla de ingresos garantizará el funcionamiento equilibrado del Fondo. Por la vía de la comparación se examinó el régimen de aportes y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social y al Fondo de Previsión Social del Congreso".

56. De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes**.

57. Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación,** son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

> *"**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".*

60. La subregla que fijó la Sala Plena, se apoyó en los siguientes argumentos:

> *"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.***
>
> *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.*

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.

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".

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.

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

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

los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

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.**

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

68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años[24]. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

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

70. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

<table>
<tr><th colspan="4">RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</th></tr>
<tr><th colspan="4">ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</th></tr>
<tr><th colspan="2">Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</th><th colspan="2">Régimen pensional de prima media</th></tr>
<tr><td colspan="2">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.</td><td colspan="2">Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.</td></tr>
<tr><th colspan="2">Normativa aplicable</th><th colspan="2">Normativa aplicable</th></tr>
<tr><td colspan="2">• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989
• Ley 33 de 1985
• Ley 62 de 1985</td><td colspan="2">• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003
• Ley 100 de 1993
• Ley 797 de 2003
• Decreto 1158 de 1994</td></tr>
<tr><th colspan="2">Requisitos</th><th colspan="2">Requisitos</th></tr>
<tr><td colspan="2">✓ Edad**: 55 años** (H/M)
✓ Tiempo de servicios: 20 años</td><td colspan="2">✓ Edad: **57 años** (H/M)
✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003</td></tr>
<tr><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th></tr>
<tr><td colspan="2"><u>75%</u></td><td colspan="2"><u>65% - 85%</u>[25]
(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).</td></tr>
<tr><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th></tr>
<tr><th>Periodo</th><th>Factores</th><th>Periodo</th><th>Factores</th></tr>
</table>

[24] La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.
[25] Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Último año de servicio docente **(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)**	▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio **(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)**	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los **10 años** anteriores al reconocimiento de la pensión **(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)**	▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna **(Decreto 1158 de 1994)**
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

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

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

72. De acuerdo con el parágrafo 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.**

v. Efectos de la presente decisión

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política[26]. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio"**.

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.

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

vi. Solución al caso concreto

a. Problema jurídico

77. El problema jurídico a resolver en se plantea en el siguiente interrogante:

---

[26] La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.
En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[…] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). […]»

¿Tiene derecho la señora Abadía Reynel Toloza quien en su condición de docente adquirió su derecho pensional bajo el régimen de la Ley 91 de 1989, a la reliquidación de su pensión incluyendo la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios?

b. Lo probado

- La señora Abadía Reynel Toloza nació el 3 de junio de 1957 según consta en la copia del registro civil de nacimiento que obra a folio 129 del expediente.
- La demandante prestó sus servicios como docente nacionalizado[27] desde el 25 de agosto de 1976[28], por un tiempo superior a los 20 años[29].
- Mediante la Resolución 1338 de 27 de agosto de 2012 el Secretario de Educación Municipal de Barrancabermeja, actuando en representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2015 y el Decreto 2831 de 2005 (acto demandado), se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor de la actora a partir del 4 de junio de 2012, por sus servicios prestados como docente de vinculación nacionalizado/situado fiscal.

78. De acuerdo con la parte motiva del acto se tiene que:

- La señora Abadía Reynel Toloza presentó solicitud de reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación el 3 de agosto de 2012.

- La demandante adquirió el estatus jurídico de pensionada el 3 de junio de 2012 (55 años).

- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido entre el 25 de agosto de 1976 y el 3 de junio de 2012.

- Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

  - Promedio asignación mensual
  - Prima de navidad 1/12
  - Prima de vacaciones 1/12
  - Prima climática

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, según consta a folio 130 del expediente:

  - Asignación básica (sueldo)
  - Prima extra docente ½ año
  - Prima climática

[27] Folios 124, 126, 130
[28] Folio 138
[29] A folio 5 consta el Formato Único para la expedición de certificado de salarios consecutivo No. 1280 en el que se registra como último año activo de la docente el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012, para un total de 36 años de servicio.

- Prima navidad
- Prima vacacional

- La demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo **todos los factores salariales devengados** en el último año de servicios. Como se observa, el único de los factores devengados por la demandante en el último año de servicios que no fue incluido en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fue la prima extra docente ½ año.

- El valor de la pensión se calculó en $2.092.282, equivalente "al 75% del salario promedio asignado durante el último de servicios antes de la fecha que adquirió el estatus".

- La pensión de jubilación se reconoció a partir del 4 de junio de 2012.

- Como disposiciones aplicables se citaron: "Ley 33 de 1985, Ley 238 de 1995, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2.003 y la Ley 1151 de 2.007 y de conformidad con las disposiciones de la Ley 91 de 1989".

c. Régimen aplicable

79. En el presente caso lo primero que la Sala debe tener en cuenta, es la fecha de vinculación de la señora Abadía Reynel Toloza al servicio oficial docente, que de acuerdo con lo probado en el proceso, fue el **25 de agosto de 1976**.

80. Según esta fecha, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

✓ Teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, la señora Abadía Reynel Toloza, era docente nacionalizada.

✓ De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

✓ La demandante en su condición de docente nacionalizada vinculada al Fomag, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985[30], de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

✓ Lo que quiere decir, de acuerdo con la regla fijada en esta sentencia, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el

[30] La actora consolidó su estatus el 3 de junio de 2012, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.

artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- 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

81. En el caso concreto, tal y como consta en el folio 130 del expediente, la docente aportó sobre la asignación básica, de acuerdo con la obligación prevista en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

82. La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la señora Abadía Reynel Toloza, en su condición de docente nacionalizada, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

83. Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podían tomar en cuenta los **factores devengados** en el último año de servicios, como prima extra docente ½ año, prima climática, prima de navidad y prima vacacional, pues estos factores no constituyen base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales que sirvieron de base para la liquidación – Resolución 1338 de 27 de agosto de 2012	**Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes**
Asignación mensual	Asignación básica
Prima de navidad 1/12	Gastos de representación
Prima de vacaciones 1/12	Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
Prima climática	Dominicales y feriados
	Horas extras
	Bonificación por servicios prestados
	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

84. Como se muestra en el cuadro anterior, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica.

85. De acuerdo con la regla fijada en esta sentencia de unificación el problema jurídico planteado se resuelve de la siguiente manera:

86. La señora Abadía Reynel Toloza no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores **devengados** en el último año de servicios, incluyendo

aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como se solicitó en la demanda.

87. No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de navidad 1/12, la prima de vacaciones 1/12, y la prima climática, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

88. El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

89. Sobre el argumento adicional que se plantea en el recurso de apelación consistente en la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demanda debe decirse que por tratarse de una excepción previa fue resuelta en la audiencia inicial declarándola no probada según consta en el acta No. 075 de 2016.

DECISIÓN

90. Bajo estas consideraciones se debe REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 24 de noviembre de 2016, y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Sin condena en costas en esta instancia.

91. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el parágrafo 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, así:

> **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.**

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 24 de noviembre de 2016, y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Reconocer personería jurídica a la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez portadora de la tarjeta profesional 34.688 del C.S. de la J. para actuar como apoderada de la parte demandante, de conformidad con las facultades otorgadas en el poder visible a folio 370 del expediente.

Quinto: No hay lugar a condena en costas en segunda instancia.

Sexto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS **CARMELO PERDOMO CUÉTER**

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

RAFAEL SUÁREZ VARGAS **GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**