

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente: 680012333000201500569-01
N.º Interno: 0935-2017
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Abadía Reynel Toloza
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FONPREMAG.
Asunto: Auto avoca conocimiento para unificación.
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 1989¹/ 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.

I. ASUNTO

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción

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 [...]".

de lo Contencioso Administrativo², con fundamento en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13A numeral 2 del Reglamento del Consejo de Estado³, estudia si es procedente avocar el conocimiento del proceso de la referencia, con la finalidad de proferir sentencia de unificación jurisprudencial. Esto en el marco del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

La demanda

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.

Pretensiones

“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 de Prestaciones Sociales del Magisterio; a través

² Numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política.

³ Artículo 13ª. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.
2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencia por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

[...]

del Secretario de Educación de conformidad con el artículo 52 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 el demandante en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus de pensionado.

Declarar que el poderdante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación (revisión) de la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus de pensionado.

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

Declarar que el poderdante tiene derecho a que sea indexada la primera mesada pensional.

Declarar que el 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.

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.

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 pensionado.

Condenar a la entidad demandada a indexar la primera mesada pensional.

Condenar a la entidad demandada a pagar de manera indexada las sumas de dinero adeudadas.

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.

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.

Condenar a la entidad demandada a que le dé cumplimiento a lo que se disponga en el fallo en el término legal.

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.

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 3 del artículo 192 de la ley 1437 de 2011”.

Hechos

La demandante acreditó haber cumplido al servicio de la educación oficial, como docente nacionalizada, un total de 36 años, dos meses y dos días. Ingresó al servicio docente el 25 de agosto de 1976. Nació el 3 de junio de 1957 y cumplió 55 años el 3 de junio de 2012, fecha en la cual adquirió el estatus de pensionada. El último lugar de servicios fue el Instituto Técnico Superior de Comercio del municipio de Barrancabermeja (Santander).

La señora Abadía Reynel Toloza, en su condición de docente nacionalizada, realizó aportes para pensiones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 25 de agosto de 1976 y hasta el 3 de junio de 2012.

Mediante 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, reconoció a favor de la actora una pensión mensual vitalicia de jubilación efectiva a partir del 4 de junio de 2012 “por sus servicios prestados como docente de vinculación Nacionalizado/Situado Fiscal”. En la liquidación de la pensión se tomaron en cuenta los siguientes factores: i) “promedio asignación mensual”; ii) “prima de navidad 1/12”; iii) “prima de vacaciones 1/12”, y iv) “prima climática”.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 24 de noviembre de 2016 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En síntesis, indicó, que el objeto de la controversia consistió en determinar si la demandante tenía derecho o no a que se reliquidara su pensión de jubilación, incluyendo para tal efecto todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus. Señaló que en el presente caso se debía aplicar la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que esta normativa fija los parámetros para la liquidación de la pensión de jubilación de todos los empleados oficiales. Respecto de los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión de la actora, acogió el criterio señalado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda de la Corporación y precisó

que en el acto de reconocimiento pensional no se tuvieron en cuenta “la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios previo a la adquisición de su derecho”. Para el Tribunal la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión incluyendo “todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios previo a la adquisición de su derecho pensional y que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no tuvo en cuenta al liquidar su prestación...”.

El recurso de apelación

La entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que no le asiste el derecho a la demandante con fundamento en la normativa que invoca por cuanto, según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes nacionalizados que estén vinculados a 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando y para el caso de los nacionales, se les aplicará el mismo régimen previsto para los empleados del orden nacional. De acuerdo con ello, debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989, “incluía las modificaciones de la Ley 33 de 1985 por lo que es claro que en relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los que se hayan efectuado aportes a la seguridad social”.

III.- CONSIDERACIONES

Para efecto de dar trámite al presente asunto, la Sala Plena de la Sección Segunda procede a establecer si en el caso concreto se dan los presupuestos exigidos por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011⁴ para asumir el conocimiento del proceso de la referencia, con el objeto de proferir una sentencia de unificación jurisprudencial.

De acuerdo con el citado artículo 271 del CPACA, el Consejo de Estado puede asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia.

⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Igualmente, la norma dispone que para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición debe formularse con la exposición de las circunstancias que *imponen el conocimiento del proceso* y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia social o económica o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

La Corte Constitucional al estudiar la demanda de constitucionalidad contra un aparte del artículo 102 de la Ley 1437 según el cual, «las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, definió que con arreglo a lo previsto por el artículo 270 de la Ley 1437, la elaboración de las sentencias de unificación corresponde a uno de los siguientes criterios: «(i) finalístico o de unificación y definición jurisprudencial; (ii) material o de importancia jurídica o trascendencia pública del asunto; (iii) funcional o de decisión de recursos extraordinarios o de revisión».

En este caso, la necesidad de unificar jurisprudencia se enmarca dentro del primero de los criterios señalados, esto es, el finalístico de unificación y definición jurisprudencial.

Análisis del asunto concreto

En el caso concreto, se cumplen los requisitos de orden legal y reglamentario para proferir una sentencia de unificación por la Sección Segunda del Consejo de Estado, teniendo en cuenta las siguientes razones:

1.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, profirió la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, en la que fundamentalmente se definieron las reglas y subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.- El Consejo de Estado, consideró importante precisar que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, “*no cobija a los docentes afiliados al 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 1989⁵. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición**”.*

3.- La sentencia de unificación no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social, y esto es así, por cuanto el caso resuelto en el precedente no tenía relación fáctica ni jurídica con dicho régimen. Sin embargo, en la sentencia de unificación se hizo mención expresa a la normativa aplicable al personal docente nacional y nacionalizado de acuerdo con la fecha de vinculación al servicio, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, así:

“El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

*“**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:*

[...]

2. Pensiones:

[...]

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

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, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las

⁵ 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 [...]”.

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 [...].

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).

Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

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

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)".

4.- 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 vinculante dentro del sistema de fuentes, que sustenta una tesis contraria a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010 y que se aplicaba a los docentes a quienes por virtud de la misma Ley 91 de 1989 consolidaban su estatus pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985.

En reiterados pronunciamientos esta Sección ha aplicado como precedente la sentencia del 4 de agosto de 2010 para ordenar que en el ingreso base de liquidación de las pensiones ordinarias de jubilación de los docentes oficiales vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se

incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios⁶.

Por lo anterior, y con ocasión del precedente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, es necesario sentar jurisprudencia en los siguientes temas:

1.- **Alcance de la subregla** fijada 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.

⁶ Cfr., entre otros pronunciamientos: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 15 de agosto de 2013. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-02579-01(0770-13) Actor: Pablo Antonio Aponte Carreño. Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en Boyacá. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 20 de octubre de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00276-01(4268-13) Actor: Pablo Eduardo Ramírez Castro. Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 23 de marzo de 2017. Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00187-01(2403-14) Actor: WILLIAM MILTON RODRÍGUEZ SAAVEDRA. Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fonpremag).

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**.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento del presente asunto con el objeto proferir sentencia de unificación jurisprudencial.

SEGUNDO: Con el objeto de asegurar la aplicación de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, **COMUNÍQUESE** la presente decisión a los tribunales administrativos y a los coordinadores de los juzgados administrativos del país, para los efectos que consideren pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha,

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS
GÓMEZ**

WILLIAM HERNÁNDEZ

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
CUÉTER**

CARMELO PERDOMO

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA