



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA TA-DES002 –ORD -30- 2020.

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-002-2017-00027-01  
Demandante MIGUEL CASTRO CUERO  
Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -  
Segunda instancia

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia N° 043 de 3 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, dentro del proceso promovido por el señor MIGUEL CASTRO CUERO contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda<sup>1</sup>.**

El señor MIGUEL CASTRO CUERO por intermedio de apoderado debidamente constituido, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con las siguientes pretensiones:

“(…)

- 2.1.1** Que se declare la nulidad parcial de la resolución No 1284-07-204 del 14 de julio 2014 por medio de la cual La Secretaria de Educación Departamental del Cauca - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, reconoce y ordena el pago de la pensión mensual vitalicia de Jubilación, al actor, en tanto no reconoce para efectos de la liquidación la totalidad de los factores salariales recibidos periódicamente en el último año anterior al cumplimiento del estatus.

---

<sup>1</sup>Folios 13 a 20 Cuaderno Principal

**2.1.2** Que se declare que al Señor Miguel Castro Cuero ,le asiste el derecho al reconocimiento y pago del ajuste de la Pensión de Jubilación desde la fecha en que adquirió el estatus y hasta que efectivamente se pague conforme las normas pensionales para el sector oficial, a saber: Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, en concordancia con los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas concordantes y la Jurisprudencia del Consejo De Estado , consistente en tener como IBL para efectos del monto pensional del actor , el Promedio mensual del salario devengado en el último año anterior al cumplimiento del estatus, incluyendo todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 22 de septiembre de 2007 y el 21 de septiembre de 2008.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

**1.2.1** Se ordene a La NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar el Ajuste de la Pensión de Jubilación reconocida a favor del actor desde la fecha en que cumplió el estatus y hasta que efectivamente se pague teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el último año anterior al cumplimiento del estatus , incluyendo todos los factores salariales de dicho periodo, conforme las normas del régimen Pensional para los Servidores públicos y conforme a las demás normas concordantes y Jurisprudencia aplicable.

También deberá liquidarse la diferencia existente, con base en la mesada que realmente debió pagarse, desde el 21 de septiembre de 2008, fecha a partir de la cual es efectiva la Pensión de Jubilación, y el valor de la mesada que recibe en la actualidad y pagarse la diferencia existente.

**2.2.2** Condénese al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993.

- Las sumas reconocidas en los numerales anteriores devengarán los intereses señalados en el Art. 192 del C. P. A. C. A. desde la fecha de ejecutoria del fallo.
- Las sumas reconocidas en los numerales anteriores serán indexadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor desde el momento en que se causaron y hasta que efectivamente se paguen.

**2.2.3.** Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada".

## **1.1. Hechos<sup>2</sup>.**

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los hechos que a continuación se sintetizan:

---

<sup>2</sup>Folios 1 a 14 Cuaderno Principal

El Señor **Miguel Castro Cuero** nació el 21 de septiembre de 1.953.

Solicitó su derecho pensional y el ente encargado le reconoció la Pensión de Jubilación, por medio de **la Resolución 1284-07-2014 del 14 de julio de 2014** expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Cauca - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en cuantía de \$1.665.39, efectiva a partir del 21 de septiembre de 2008, aplicando para efectos del reconocimiento de dicha prestación las leyes 6 de 1945, 33 de 1985, 812 de 2003, 71 de 1988, y los decretos 1848 de 1969, 2341 de 2003, 1158 de 1994, 3752 de 2003, 2831 de 2005 y tácitamente el Acto Legislativo 01 de 2005.

Dicho derecho pensional fue reconocido liquidando y teniendo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, mas no la totalidad de los valores devengados por el actor en el último año anterior al cumplimiento del estatus.

## **2. La contestación de la demanda**

La Nación- Ministerio de Educación – FOMAG indicó que el actor no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de otros factores salariales diferentes a la asignación básica y sobresueldos que su pensión se causó con posterioridad a la fecha de expedición de la Ley 812 de 2003.

Precisó que el Decreto 2341 de 2003 reglamentó la Ley 812 de 2003 y estableció el ingreso base de cotización de los docentes en el Decreto 1158 de 1994.

Resaltó que las pensiones causadas con posterioridad a la Ley 812 de 2003 serán liquidadas con el ingreso base de cotización respecto de los factores sobre los cuales se haya cotizado. Es decir que solo se tiene en cuenta los factores taxativamente indicados en la ley.

Formuló como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, la indebida presentación de la demanda, la prescripción y la inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

### **3. La sentencia de primera instancia<sup>3</sup>.**

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia N° 043 dictada en audiencia de 03 de abril de 2018, declaró no probada la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada; declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado y ordenó como restablecimiento del derecho que La Nación- Ministerio de Educación – FOMAG, proceda a la reliquidación de la pensión del demandante en cuantía de 75% del promedio devengado en el último año al estatus pensional, incluyendo los factores salariales reconocidos y certificados durante ese año y el pago de las diferencias debidamente indexados.

Ordenó igualmente efectuar los descuentos por aportes no realizados al sistema de seguridad social.

Declaró probada la excepción de prescripción alegada por la entidad demandada frente a las mesadas anteriores a 24 de julio de 2014.

La a quo consideró que el demandante tiene derecho a que le fuera incluida la doceava parte de la prima de navidad, por cuanto a los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, les asiste el derecho a que su pensión sea liquidada conforme el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993. Por lo tanto las mesadas debían ser liquidadas atendiendo las pautas de unificación de la sentencia del Consejo de Estado de agosto de 2010.

### **4. El recurso de apelación.**

#### **4.1. FOMAG**

Solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, reiterando que el docente no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de otros factores salariales diferentes a la asignación básica y los sobresueldos, ya que fue causada con posterioridad a la Ley 812 de 2003.

### **5. Actuación en segunda instancia.**

Mediante auto de 07 de mayo de 2018<sup>4</sup> se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y con auto de 17 del mismo mes y

---

<sup>3</sup>Folios 109 a 120 Cuaderno principal

<sup>4</sup>Folio 3 c. recurso de apelación

año<sup>5</sup> se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

## **6. Alegatos de conclusión.**

El FOMAG presentó alegatos por fuera del término<sup>6</sup>.

### **6.1. El Ministerio Público<sup>7</sup>.**

Sostiene que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina partiendo de la fecha de vinculación al servicio educativo. Que en el caso el demandante al tener vinculación desde 1983, su situación se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989.

En ese orden como está excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993, la entidad demandada debió reconocer la pensión con todos los factores salariales por aquel devengados en el último año de servicios.

Por las razones dadas, consideró que la sentencia apelada debía confirmarse.

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1. Competencia.**

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

### **2. Caducidad.**

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad, de conformidad con el literal b) del numeral primero del artículo 164 del CPACA.

### **3. El problema jurídico.**

Le corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia N° 043 de 03 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de

---

<sup>5</sup>Folio 8 c. recurso de apelación

<sup>6</sup> Folios 27 a 30 c. apelación

<sup>7</sup> Folio 31 a 30 c. recurso de apelación

Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

#### **4. Normatividad aplicable a la pensión de jubilación ordinaria del docente demandante.**

La Ley 115 de 1994, estableció que el régimen prestacional de los educadores estatales es el contenido en la Ley 91 de 1989, norma en la que se estableció la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de los docentes.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 15, dispone:

*“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*(...)” .*

En ese entendido, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo consignado en la Resolución N° 1284-07-2014, el demandante ostentó el carácter de docente nacional, vinculado el 26/05/1983, para determinar la norma aplicable en materia pensional, es necesario referirnos a la normatividad vigente al momento que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989<sup>8</sup>, la cual corresponde a la Ley 33 de 1985.

En el artículo 1° de la Ley 33 de enero 29 de 1985, se señalan los requisitos para que los empleados oficiales puedan acceder a la pensión, así:

*“Artículo 1°.- 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%)*

---

<sup>8</sup> Ley 91 de 1989 del 29 de diciembre de 1989, Artículo 17. “Esta Ley regirá desde su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.

*del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)*

Así mismo, esta norma en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece la forma para liquidar la pensión de jubilación, así:

**“Artículo 3º.** *Modificado por la Ley 62 de 1985. 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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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.”*

En este punto y atendiendo las razones que rodean la controversia puesta en consideración de esta Colegiatura, se precisa con fundamento en la normatividad traída a colación en esta oportunidad, que el régimen pensional aplicable al caso del pensionado, corresponde al consagrado en la Ley 33 de 1985, mas no por la transición dispuesta en la Ley 100 de 1993, sino a partir de las disposiciones de la Ley 91 de 1989.

La anterior posición se soporta en el hecho de que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el sector docente se encuentra excluido de dicha normativa.

Tampoco es factible la pretensión del FNPSM de aplicar al docente la Ley 812 de 2003, porque si bien es cierto el estatus pensional lo adquirió con posterioridad a la vigencia de esta normativa, es la Ley 91 de 1989, la que rige el régimen de la demandante, partiendo del carácter de docente nacional y su fecha de vinculación acaecida en el año 1983.

#### **5. Criterios definitivos para el reconocimiento pensional del sector docente. Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019.**

Es preciso señalar que con Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, dentro del Expediente Rad. 680012333000201500569-01, el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambió la postura traída y fijó los criterios definitivos para el reconocimiento pensional del régimen docente.

Señaló inicialmente la Alta Corporación que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no constituye precedente respecto del sector docente ante la ausencia de similitud fáctica y por tratarse de problemas jurídicos distintos a los del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

No obstante, estableció que la recordada providencia fijó una subregla respecto de la Ley 33 de 1985, la cual debe tenerse en cuenta como criterio de interpretación.

De otro lado, la Alta Corporación precisó varios presupuestos a saber respecto de los docentes, así:

- ✓ **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**, 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 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”<sup>10</sup>.
- ✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003<sup>11</sup>, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres<sup>12</sup>.

De igual manera, estableció que son dos los regímenes a los que pertenece el sector 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.*

En este contexto, la sentencia de unificación recoge los planteamientos esbozados de tiempo atrás respecto del régimen aplicable al personal docente vinculado antes y después de la Ley 812 de 2003, criterios debidamente acogidos por este Tribunal.

Respecto de Ingreso Base de Liquidación para el personal docente, la Sala Plena del Consejo de Estado revaluó la tesis contenida en la sentencia de 04 de agosto de 2010, y explicó:

1. *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<sup>13</sup>, 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<sup>14</sup>.*

2. *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”.*

3. *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.*

4. *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.*

5. *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”.*

6. *En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

7. 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.**

8. 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.

9. 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".

10. 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".

11. 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.**

12. 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.

13. 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.*

14. *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”.*

15. *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.*

...

*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”.*

16. *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.*

17. 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.**

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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.**

Así las cosas, el análisis de la presente cuestión litigiosa se abordará con sustento en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado antes referenciada, toda vez que en el mismo pronunciamiento se dispuso que las reglas jurisprudenciales que se fijaron, se apliquen a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

## 6. Caso concreto.

Siendo que el docente empezó a laborar el 26 de mayo de 1983, es decir, previo a la Ley 812 de 2003, la normatividad aplicable corresponde a la Ley 33 de 1985.

Conforme a la Resolución N° 1284-07-2014 de 14 de julio de 2014<sup>9</sup> mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al docente MIGUEL CASTRO CUERO, se tuvo en cuenta la edad de 55 años, y la cuantía correspondió al 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el docente durante el último año de servicio anterior al estatus.

Sin embargo, el problema jurídico aquí debatido corresponde a los factores incluidos en la liquidación pensional, como quiera que en la resolución demandada no se tuvo en cuenta la prima de navidad.

Así las cosas, para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala precisa que la posición asumida por la entidad en el acto administrativo demandado que reconoce y ordena el pago de una reliquidación de la pensión de jubilación no adolece de vicio de ilegalidad que conlleven a

---

<sup>9</sup>Folio 3 a 5 cuaderno principal

declarar su nulidad, como quiera que la prima de navidad devengada por la parte demandante no está contenida en la Ley 62 de 1985 y por lo tanto el IBL fue establecido en legal forma.

En conclusión, deberá revocarse la sentencia apelada y negar las pretensiones de la demanda, acogiendo el criterio de Unificación fijado por el Honorable Consejo de Estado, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

## **5. Costas**

El artículo 118 de la Ley 1437 de 2011, señala que dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en consideración a que la demanda se presentó previo al cambio jurisprudencial enunciado e invocado por el actor, en virtud del cual las pretensiones contaban con un eventual margen de vocación de prosperidad.

## **DECISIÓN**

Por las razones expuestas, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Sentencia N° 043 de 03 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

**SEGUNDO.-** Sin costas.

**TERCERO.- NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

**CUARTO.-** En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

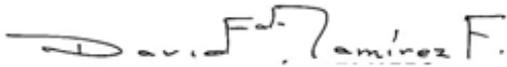
Expediente: 19001-33-31-002-2017-00027-01  
Demandante MIGUEL CASTRO CUERO  
Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -  
Segunda instancia

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

**Los Magistrados,**



**NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**



**DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**



**JAIRO RESTREPO CÁCERES**