



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

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-007-2015-00312-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ**
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG**

SENTENCIA No. 032

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 228 de 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda.¹

El señor TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se declare la nulidad de la nulidad de la Resolución No. 041 de 27 de octubre de 2005, por medio de la cual, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se reliquide la pensión en cuantía del 75%, de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, especialmente en lo referente a la prima vacacional y prima de navidad.

1.1.1.- Hechos.

En la demanda se narran los hechos que a continuación se sintetizan, como respaldo de las pretensiones:

Que la Secretaría de Educación del Cauca, actuando en nombre de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante acto de 21 de octubre de 2005, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, en cuantía de \$962.221, efectiva a partir del 31 de agosto de 2005, sin incluir en la liquidación la prima de navidad y la prima vacacional.

¹ Folio 14-21 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

1.2.- La oposición.

1.2.1.- Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-²

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto consideró que el acto administrativo demandado se ajusta a Derecho.

Como argumentos de defensa, refiere que no tiene derecho a la reliquidación de su pensión, en tanto aquella se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003; por lo tanto, únicamente deben ser tenidos en cuenta los factores que sirvieron de base para los aportes durante el último año de prestación del servicio.

Sostuvo que el Decreto 2341 de 2003 reglamentario de la referida ley, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al FOMAG es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, que se contraen a la asignación básica mensual, gastos de representación, las primas técnicas, ascensional, antigüedad y capacitación cuando sean factor de salario, dominicales y festivos, trabajo suplementario o de horas extras o en horario nocturno, y la bonificación por servicios prestados.

Igualmente, que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 a cargo del citado Fondo, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Manifestó que al haber adquirido el estatus de pensionado con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, y sus decretos reglamentarios, no se pueden considerar las primas de navidad, vacaciones y alimentación como factores base de liquidación para determinar la cuantía de la pensión, porque no se encuentran en la lista taxativa establecida en estas normas como base de cotización.

Hizo hincapié en que para ser beneficiario de la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, es necesario haber cumplido 15 años de servicio al momento de su entrada en vigencia, afirmando que esta excepción solo comprende lo relacionado con la edad de jubilación, no así los factores de salario.

Continuó señalando, que no le asiste derecho al demandante en relación con la normatividad que invoca, ya que ésta ha sido objeto de varias modificaciones y la Ley 33 establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes durante el último año de servicio.

Se remitió a las leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 812 de 2003, los decretos 1158 de 1998, 688 de 2002, 2341 de 2003 y 3752 de 2003 para reforzar su argumento respecto del IBC y del IBL a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del docente.

De esta manera concluyó que las pensiones que se causen con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso que el docente haya devengado sobresueldos y horas extras y

² Folio 36-38 C. Ppal.

certifique la realización de aportes por dicho concepto, también serán incluidos como base de liquidación de la pensión.

Propuso como excepciones de fondo la de indebida presentación de la demanda, prescripción e inexistencias de la obligación con fundamento en la ley.

1.3.- La sentencia apelada.³

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 12 de diciembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Encontró acreditado que el demandante había nacido el 31 de agosto de 1949 y se vinculó como docente el 02 de octubre de 1973. Considerando de esta manera, que su situación pensional se regía por las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Adicionalmente halló probado que al demandante se le había liquidado su pensión mediante resolución de 27 de octubre de 2005 y posteriormente el 12 de septiembre de 2014 fue reliquidada, incluyendo únicamente la asignación básica.

Que dado que por decreto de 25 de abril de 2014, el municipio de Popayán había aceptado su renuncia, el acto por medio del cual se reliquidó la pensión debía incorporarse a la proposición jurídica, dado que se había solicitado la reliquidación con base en lo devengado en el último año de servicio.

Que conforme lo anterior, se tenía que según certificado de factores salariales, durante el último año de servicio, el actor había devengado únicamente asignación básica, prima de navidad y prima vacacional, últimos factores que no se encuentran enlistados en la norma aplicable al demandante.

Concluyó que el acto de reconocimiento pensional y el que reajustó la prestación por retiro, se encuentran ajustados a Derecho, dado que los factores que solicita se incluyan no se encuentran en la Ley 62 de 1985. Ello de conformidad con la segunda subregla de unificación establecida por el Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de agosto de 2018.

1.4.- El recurso de apelación

1.4.1.- Parte demandante⁴

Impetró la alzada, pretendiendo la revocatoria de la sentencia de instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

Arguye que los docentes están exceptuados del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, por lo tanto, no son beneficiarios del régimen de transición ahí establecido. Así, indica, su régimen pensional es el previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Que el fallo de 28 de agosto de 2018, estableció la regla para determinar el ingreso base de liquidación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de

³ Folio 77-83 C. Ppal.

⁴ Folio 90-91 ibídem

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

transición, pero nada dijo respecto de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003. Que dado que dicho sector no adquiere su derecho pensional por encontrarse inmerso en el régimen de transición, no resultan aplicables las reglas contenidas en dicha sentencia de unificación, debiéndose acudir a la providencia de 04 de agosto de 2010

1.5.- Actuación en segunda instancia.

Por auto del 15 de febrero de 2019, se admitió la alzada⁵. A través de auto de 25 de febrero de 2019 se corrió traslado para alegar.⁶

Si bien fueron aportados alegatos de conclusión por parte de la FIDUPREVISORA⁷, pese a ser la administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se observa que haya sido parte procesal dentro del presente asunto.

Ni **las partes** ni la **representante del Ministerio Público**, se pronunciaron en esta fase procesal.

II. CONSIDERACIONES.

2.1.- Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con la previsión del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de decisión, al actuar como Juez de segunda instancia, se limitará a los cargos formulados en la apelación, de conformidad con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso

2.2.- Caducidad.

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el literal c) del numeral primero del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

2.3.- El problema jurídico.

Le corresponde a esta Corporación determinar si debe ser revocado el fallo de instancia, en el que se negaron las pretensiones de la demanda.

Para resolver el caso concreto se hará referencia al marco legal y jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia y luego se analizará el caso concreto.

⁵ Folio 3 C. Segunda instancia.

⁶ Folio 8 ibídem

⁷ Folio 11-16 ibídem

2.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

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.

(...)”.

Ahora bien, la ley vigente al momento que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989⁸, corresponde a la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1^o, se señalan los requisitos para que los empleados oficiales puedan acceder a la pensión, así:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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. (...)

Asimismo, esta norma en su artículo 3^o, modificado por el artículo 1^o 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.

⁸ 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”.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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 tratándose de docentes, esta Colegiatura había indicado que la Ley 33 de 1985, se aplica de manera directa, en tanto este sector se encuentra excluido de la Ley 100 de 1993, conforme el artículo 279 ibídem, y por tanto, de la transición ahí dispuesta. Ahora bien, se había señalado que la aplicación de la Ley 812 de 2003, se circunscribía a aquellos docentes que se **vincularan** en vigencia de esta ley.

La posición aquí esbozada se afianzó en el criterio dispuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia de 08 de febrero de 2018, en el expediente bajo radicación interna 11001-03-15-000-2017-03146-00, fungiendo como juez constitucional.

Con este panorama, el Tribunal Administrativo del Cauca estableció que al sector docente debía aplicarse integralmente la Ley 33 de 1985, lo que incluía la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio. Se determinó que en los eventos en que se reconociera la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 62 del mismo año, debían tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación **todos** los factores salariales que hubiese devengado el empleado durante el último año de servicio, puesto que los factores previstos en estas normas, eran meramente enunciativos.

Pese a lo anterior, en 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 respecto del IBL 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. Empero, indicó que 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, el cual tuvo en cuenta como criterio de interpretación para resolver el cuestionamiento ahí planteado.

Además, realizó las siguientes precisiones:

“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**⁹, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

⁹ 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

- ✓ *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”¹⁰.*

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”.

¹⁰ 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 disfrutaban 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 1993¹⁰ 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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003¹¹, 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 mujeres¹².*

De igual manera, distinguió entre los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 y con posterioridad a la vigencia de esta norma, 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.”

Para el primer grupo, concluyó que 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 regirían 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.”*

Y frente al segundo grupo, finalmente señaló que a ellos, le eran aplicables las previsiones de la Ley 100 de 1993, por encontrarse inmersos en el régimen de prima media con prestación definida.

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).

¹¹ 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

¹² 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 «...»”.*

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

Finalmente, estableció las siguientes reglas de unificación:

“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, 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.

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

2.5. Caso concreto.

La demanda se interpuso con el objeto de obtener la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al demandante, para que se incorporen a la base pensional todos los factores de salario devengados en el último año de servicio, especialmente, la prima de navidad y la prima vacacional.

La Juez de conocimiento negó las pretensiones de la demanda, al considerar se incluyeron en la base pensional, los factores sobre los cuales se realizaron aportes, tal como lo realizó la entidad demandada.

La inconformidad de la parte demandante reside en que la pensión de jubilación ha debido ordenarse reliquidar, dado que el personal docente se encuentra excluido del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual se erigió la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Como fundamento para resolver la alzada, encontramos probados en el expediente los siguientes aspectos:

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

- Mediante Resolución No. 041 de 27 de octubre de 2005, se reconoce y ordena al pago de una pensión de jubilación al señor Tirso Augusto Buitrón Muñoz, incluyendo en la base, asignación básica y horas extras.¹³
- El docente se vinculó al servicio desde el 02 de octubre de 1973¹⁴.
- Según se lee del acto de reconocimiento, nació el 31 de agosto de 1949 y adquirió el estatus el 31 de agosto de 2004.
- Por Decreto 20141700004175 de 25 de abril de 2014, se acepta la renuncia del docente.¹⁵
- Mediante Resolución No. 202 de 12 de septiembre de 2013, se reconoce y ordena el pago de una reliquidación de la pensión, incluyendo en la base únicamente la asignación básica¹⁶. Acto confirmado a través de Resolución No. 260 de 27 de noviembre de 2014¹⁷, que resolvió un recurso de reposición.
- Durante el año anterior a la adquisición del estatus, devengó asignación básica, horas extras, prima vacacional y prima de navidad¹⁸. Sin embargo, último año de servicio, devengó: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y *“prima de vacaciones docente”*¹⁹.

No existe controversia en cuanto al régimen jurídico aplicable al caso del pensionado; dado que al haberse vinculado con anterioridad a la Ley 812 de 2003, su pensión se rige por las disposiciones consagradas en las leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora, si bien le asiste razón a la parte demandante en cuanto a la inaplicabilidad de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, en tanto, ella se expidió en el marco de las pensiones sujetas al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, legislación de la cual se encuentra excluido el personal docente vinculado con anterioridad a la Ley 812 de 2003; lo cierto es que, a la fecha, existe criterio de unificación respecto de las pensiones de los docentes que se rigen por la Ley 33 de 1985, sentencia a la cual, se debe obligatoria observancia, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, para esta Sala y atendiendo los parámetros señalados en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, según la cual, pese a no atender directamente la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018, estipuló que para establecer el ingreso base de liquidación del personal docente, *“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.”*

¹³ Folio 10-13 C. Ppal.

¹⁴ Folio 6-7 C. Ppal., y 37-39 C. Pbas.

¹⁵ Folio 40 C. Pbas

¹⁶ Folio 20-22 C. Pbas.

¹⁷ Folio 4-7 C. Pbas.

¹⁸ Folio 2 C. Ppal.

¹⁹ Folio 36 C. Pbas.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

En ese orden, resulta claro que tanto el acto que reconoció la prestación del demandante como aquel que reliquidó posteriormente la prestación, no se encuentran afectados de nulidad, comoquiera los factores salariales que solicita sean incluidos, esto es, la prima de vacaciones y la prima de navidad, no se encuentran contemplados en la Ley 62 de 1985.

Ante este presupuesto, es claro que el argumento aducido en la alzada no tiene vocación de prosperidad pues no procede la reliquidación deprecada. Razón por la cual, y dando respuesta al problema jurídico planteado, deberá confirmarse la sentencia de instancia. Ello acogiendo el criterio de Unificación fijado por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, que, se itera, resulta de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

2.6. Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.

El artículo 365 de esa codificación dispone lo siguiente:

“CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

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

Pese a que se cumplen las previsiones del artículo reseñado, 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.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 228 de 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, por las precisas razones aquí expuestas.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-007-2015-00312-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: TIRSO AUGUSTO BUITRON MUÑOZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ