



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

Popayán, veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-009-2017-00016-01**  
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
ACTOR: **LIBIA ESTHER BURBANO DE DELGADO**  
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FOMAG**

**SENTENCIA No. 044**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 012 de 29 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, que negó las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES.**

**1.1.- Demanda.<sup>1</sup>**

La señora LIBIA ESTHER BURBANO DE DELGADO, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 911 de 05 de julio de 2011, por medio de la cual, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación. Asimismo, la nulidad de la Resolución No. 2411-11-2016 de 10 de noviembre de 2016, a través de la cual se negó el reajuste de la prestación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el pago de la pensión desde el día siguiente al cumplimiento del estatus, en 75% de todos los factores salariales.

**1.1.1.- Hechos.**

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

Que la docente Libia Esther Burbano de Delgado, cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio para la pensión de jubilación. Que al reconocérsele la prestación, sólo se incluyó la asignación básica y la prima de vacaciones, desestimando la prima de navidad y el “pago sueldo vacaciones”.

Que solicitó reajuste de su prestación, el cual fue negado a través de la Resolución No. 2411-11-2016.

**1.2.- La oposición.**

---

<sup>1</sup> Folio 11-18 C. Ppal.

### **1.2.1.- Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-<sup>2</sup>**

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 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 a la 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 de que el docente haya devengado sobresueldos y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también serán incluidos como base de liquidación de la pensión.

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

---

<sup>2</sup> Folio 37-40 C. Ppal.

### **1.3.- La sentencia apelada.<sup>3</sup>**

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 29 de enero de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

Señaló que el 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en cuanto a los factores a tener en cuenta en el cálculo del IBL pensional del régimen regulado en la Ley 33 de 1985. Que, aunque los docentes no hagan parte del régimen de transición, dicho despacho no podía apartarse de la sentencia en cuestión, al constituir una importante herramienta jurídica que establece la forma de liquidar el ingreso base de liquidación.

Que al haberse reconocido la pensión de la actora con fundamento en la Ley 33 de 1985 y analizada la segunda subregla de la sentencia de unificación, los factores que deben observarse para liquidar su prestación son los contenidos en la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1148 de 1994. Que la prima de navidad y la prima de vacaciones no se encuentran en el listado señalado por dichas normas ni se observa que sobre ellos se hubiese realizado cotización.

Que las vacaciones no constituían factor salarial al no ser salario ni contraprestación del servicio, pues se trata de un descanso remunerado.

Así, concluyó que los actos demandados no se encontraban viciado de nulidad.

### **1.4.- El recurso de apelación**

#### **1.4.1.- Parte demandante<sup>4</sup>**

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

Expresa que la pensión ha debido liquidarse con todas sumas que el empleado recibe como contraprestación del servicio; considerando de esta manera que la prima de navidad y el “pago sueldo de vacaciones”, debían reconocerse al momento de la liquidación de la pensión.

Para sustentar lo anterior, cita la sentencia de 04 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Estado. Arguye que correspondía a la entidad, efectuar los aportes en el porcentaje correspondiente y que tal error no podría ser atribuido a la docente.

Que en ese orden, se desfavorece a la educadora al negársele la reliquidación de su pensión, por el obrar único y exclusivo de la administración.

Añade que se hizo una indebida interpretación de la norma y del precedente jurisprudencial.

### **1.5.- Actuación en segunda instancia.**

Por auto del 25 de febrero de 2019, se admitió la alzada<sup>5</sup>. A través de auto de 07 de marzo siguiente se corrió traslado para alegar.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Folio 134-137 C. Ppal.

<sup>4</sup> Folio 74-76 ibídem

<sup>5</sup> Folio 3 C. Segunda instancia.

<sup>6</sup> Folio 8 ibídem

La **parte demandante**<sup>7</sup> señala, en síntesis, que le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión, dado que la Ley 33 de 1985 no señala de forma taxativa los factores a tener en cuenta en la liquidación de la pensión. Que de tener una interpretación contraria, se vulneraría los derecho a la igualdad material y favorabilidad así como la sentencia del 04 de agosto de 2010, expedida por el Consejo de Estado. Que además, se acreditó que en el año anterior a la adquisición del estatus devengó otros factores que no fueron incluidos en la liquidación de la pensión. Cita varias sentencias del Órgano de Cierre de esta Jurisdicción y solicita se despachen favorablemente las súplicas de la demanda.

La **Nación-Ministerio de Educación-FOMAG**<sup>8</sup> en suma, señaló que el IBL no era objeto de transición y que en él se deben incluir los factores sobre los cuales se haya cotizado. Concluye, la prestación fue reconocida conforme a la ley.

La **representante del Ministerio Público** no se pronunció 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.

### 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:*

---

<sup>7</sup> Folio 12-15 ibídem

<sup>8</sup> Folio 18-23 ibídem

*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 1989<sup>9</sup>, corresponde a la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1º, 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 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 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 ibidem 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 norma.

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.

---

<sup>9</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”.

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 Exp 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**<sup>10</sup>, 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

---

<sup>10</sup> El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: “[...]”

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00016-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: LIBIA ESTHER BURBANO DE DELGADO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

*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>11</sup>.*

- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003<sup>12</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>13</sup>.*

<sup>11</sup> 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 1993<sup>11</sup> dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que “*El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

<sup>12</sup> 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

<sup>13</sup> 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 «...»”.*

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.

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, 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 a la demandante, para que se incorporen a la base pensional todos los factores de salario devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, específicamente la prima de navidad y el “pago sueldo vacaciones”.

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.

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

- Existe la Resolución No. 911 de 05 de julio de 2011, “*por la cual se reconoce una PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN POR APORTES*” a la señora Libia Esther Burbano de Delgado. Se incluyó en la liquidación, la asignación básica y la prima de vacaciones.<sup>14</sup>
- A través de Resolución No. 2411-11-2016 de 10 de noviembre de 2016, se negó el reajuste de la prestación.<sup>15</sup>
- Según se lee del acto de reconocimiento, la docente de vinculó al servicio docente desde el 18 de septiembre de 1968, laborando en diferentes periodos y adquirió el estatus de pensionada el 17 de enero de 2010.
- Se retiró del servicio docente el 31 de mayo de 2012<sup>16</sup>
- Durante último año de servicio, devengó asignación básica, “pago sueldo vacaciones”, prima de navidad y prima de vacaciones docente.<sup>17</sup>

Sea lo primero advertir que, aunque en el acto de reconocimiento se denominó la pensión como “por aportes”, el reconocimiento se hizo con base en la Ley 33 de 1985. En este punto la Sala, considera relevante señalar que, a la demandante no le resultan aplicables las previsiones del artículo 7 de Ley 71 de 1988<sup>18</sup> toda vez

---

<sup>14</sup> Folio 3-5 C. Ppal.

<sup>15</sup> Folio 6 C. Ppal.

<sup>16</sup> Folio 9 C. Ppal.

<sup>17</sup> Folio 8 C. Ppal.

<sup>18</sup> “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”. Artículo 7.- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisaral o distrital y en el Instituto de

que, la pensión de jubilación por aportes prevista en la citada norma, fue concebida con el fin de permitir la sumatoria de tiempo de servicio o cotizaciones del sector público y privado, situación que no se observa en el caso concreto, dado que, conforme el acto en cuestión, la demandante laboró un total de 7.200 días al servicio de la docencia oficial, ostentado durante todo el tiempo la calidad de empleada pública.

Sobre este mismo particular, debe decirse que el hecho de que, aunque se observa se hubiere realizado aportes para pensión al Instituto de los Seguros Sociales -ISS-, ello no es razón suficiente para aplicar el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 a su situación particular, en razón a que, incluso, en ese período su estatus fue el de empleada oficial y no privado, como lo exige la citada norma para efectos de acumular aportes.

Luego entonces, para esta Corporación, la situación pensional de la actora se rige por las leyes 33 y 62 de 1985, al haberse vinculado al servicio docente con anterioridad a la Ley 812 de 2003, conforme las reglas establecidas en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, antes citada.

Ahora, si bien no fue aplicada debidamente 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. 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.”*

En ese orden, resulta claro que tanto el acto que reconoció la pensión de la demandante como aquel que negó la reliquidación, no se encuentran afectados de nulidad, comoquiera los factores salariales que solicita sean incluidos, no se encuentran contemplados en la Ley 62 de 1985.

Máxime lo anterior, cuando el “pago sueldo vacaciones” es la compensación en dinero de las vacaciones, que, conforme la posición sentada por el Consejo de Estado, ella no retribuye el servicio en manera alguna al servicio, sino que se trata de un descanso remunerado y, por lo tanto, no constituye factor salarial.

Ahora, en cuanto al “error o negligencia” en la realización de los aportes, que aduce la parte demandante no le puede ser atribuido en su contra, dentro del plenario no se aporta prueba alguna de dicho yerro, máxime cuando la misma Ley 62 de 1985, estableció que *“la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes*

---

los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

*factores*”, dentro de los cuales, se insiste, no se encuentran los factores que solicita sean incluidos en la liquidación.

Incluso, en la pluricitada sentencia de unificación se señaló que “[l]os 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.”

Ante este presupuesto, es claro que los argumentos aducidos en la alzada no tienen 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 la actora, 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. 012 de 29 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Noveno 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.

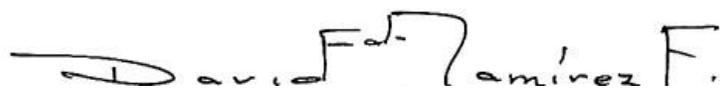
CUARTO. - En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00016-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: LIBIA ESTHER BURBANO DE DELGADO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

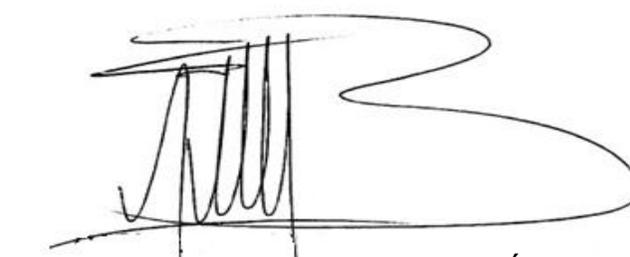
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

  
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

  
JAIRO RESTREPO CÁCERES

  
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ