



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: **19001-33-33-009-2017-00330-01**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **NANCY SARRIA SOLANO**
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG**

SENTENCIA No. 043

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 08 de 28 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.¹

La señora NANCY SARRIA SOLANO, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se declare la nulidad de la Resolución No. 621 de 12 de febrero de “2017”, por medio de la cual, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación. Asimismo, la nulidad de las resoluciones No. 079 de 09 de septiembre de 2015, que ordenó la reliquidación de la pensión y No. 20171700022504 de 14 de marzo de 2017, que negó el reajuste.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se reliquide la pensión conforme las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, con el promedio mensual devengado en el último año de servicio, incluyendo la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de exclusividad y prima de servicios.

1.1.1.- Hechos.

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

Que la señora Nancy Sarria Solano prestó sus servicios como docente al municipio de Popayán, por un periodo superior a 20 años y que al cumplir los requisitos legales para hacerse beneficiaria de una pensión de jubilación, la prestación le fue reconocida mediante Resolución 621 de “2017”.

Que mediante Decreto 20151700000035 de 08 de enero de 2015, se aceptó su renuncia y por Resolución 079 de 2015 se reliquidó la prestación.

¹ Folio 20-36 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

Que a través de Resolución 20171700022504 de 2017, se negó el reajuste de la pensión, dado que su derecho pensional fue reconocido sin incluir la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de alimentación, prima de exclusividad y prima de servicios, factores, que aduce, fueron devengados en el último año de servicio.

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 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.

² Folio 52-55 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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 inexistencias de la obligación con fundamento en la ley.

1.3.- La sentencia apelada.³

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 28 de enero de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

Después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre las pensiones del régimen docente, indicó que se acogería a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en la cual se precisó que los factores a tener en cuenta en la liquidación de dicha prestación, son aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes, pese a que los docentes no hicieran parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Frente al caso concreto, encontró acreditado que la demandante, estuvo vinculada al servicio docente desde el 1º de febrero de 1978 hasta el 1º de febrero de 2015. Que adquirió el estatus pensional el 1º de julio de 2006 y le fue reconocido su derecho a través de la Resolución No. 621 de 2007. Igualmente, que en el año anterior al retiro del servicio devengó asignación básica, prima de alimentación especial, prima de exclusividad, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, pero al momento de liquidar la pensión, únicamente se tuvo en cuenta la prima de vacaciones.

Adujo que las primas de alimentación, vacaciones, navidad, exclusividad y servicios, no se encontraban enlistadas como factor salarial en la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, por lo que, concluyó, frente a ellas, no se realizó el respectivo aporte a seguridad social.

Así, señaló, que los actos administrativos no se encontraban viciados de nulidad y declaró probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

1.4.- El recurso de apelación

1.4.1.- Parte demandante⁴

Como motivos de inconformidad, planteó los siguientes:

- Indebida interpretación de la sentencia de 28 de agosto de 2018. En síntesis, indicó que el estudio de esa providencia de delimitó a las pensiones causados bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ley de la cual se encuentra excluido el sector docente. Razón por la cual, no era dable aplicar dicha sentencia de unificación.

- Indebida aplicación de la Ley 91 de 1989. Expuso que, aunque esta norma estableció que a los docentes públicos nacionales y los que se vincularen a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, dicha disposición, si reguló el tema de las pensiones

³ Folio 85-88 C. Ppal.

⁴ Folio 89-93 ibídem

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

en el artículo 15 numeral 2, literal b, estableciendo que la pensión sería calculada sobre el valor del salario mensual promedio del último año, sin que ello implique la creación de un régimen pensional propio.

- Falta de aplicación del principio de favorabilidad. Señaló que frente al tópico existen diversas interpretaciones en tanto, por una parte, se entiende que los factores son aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, y por otra, todos los factores salariales de conformidad con el artículo 15, numeral 2, literal b de la Ley 91 de 1989. Que ante dicha disconformidad, debía darse aplicación al artículo 53 superior y, por tanto, aplicarse la Ley 91 de 1989, por resultarle más favorable a sus intereses.

- Falta de aplicación de los criterios de interpretación de las leyes. Manifestó que al ser la Ley 91 de 1989, posterior a la Ley 33 de 1985, y desarrollar el régimen especial de los docentes, debía darse aplicación a la primera norma. Además, el sentido exegético de la misma, establece el monto y la base para liquidar la pensión.

- Desconocimiento del precedente jurisprudencial. Cita una sentencia de 31 de octubre de 2018, proferida por el Consejo de Estado dentro de una acción de tutela, en la cual se concluyó que la sentencia de 28 de agosto de 2018, no era aplicable al sector docente.

1.5.- Actuación en segunda instancia.

Por auto del 20 de febrero de 2019, se admitió la alzada⁵. A través de auto de 28 de febrero siguiente se corrió traslado para alegar.⁶

La **Nación-Ministerio de Educación-FOMAG**⁷ en síntesis señaló que el IBL no era objeto de transición y que en él se deben incluir los factores sobre los cuales se haya realizado cotización. Así, señala, la prestación fue reconocida conforme a la ley.

Ni la **parte demandante** 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.

⁵ Folio 3 C. Segunda instancia.

⁶ Folio 8 ibídem

⁷ Folio 14-19 ibídem

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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:

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 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

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: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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.

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**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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

- ✓ *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: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
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: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
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, 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 último año de servicio.

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, en tanto, la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no ha debido aplicarse, así como la falta de aplicación del principio de favorabilidad y de las reglas de interpretación de las leyes.

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

- Mediante Resolución No. 621 de 12 de febrero de 2007, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Nancy Sarria Solano, a partir del 02 de julio de 2006.¹³

¹³ Folio 4-5 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

- Por Decreto No. 20151700000035 de 01 de enero de 2015, se aceptó la renuncia de la docente.¹⁴
- A través de Resolución No. 079 de 09 de septiembre de 2015, se reliquidó la pensión con inclusión de nuevos tiempos de servicio, e incluyendo la asignación básica mensual.¹⁵
- A través de Resolución No. 20171700022504 de 14 de marzo de 2017, se niega el reajuste de la pensión.¹⁶
- Se vinculó al servicio docente desde el 10 de octubre de 1978¹⁷.
- Durante el último año de servicio, devengó asignación básica, prima de alimentación especial, prima de exclusividad, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente¹⁸.

Sea lo primero señalar que la parte actora aduce debe darse aplicación a lo consagrado en el artículo 15, numeral 2, literal b de la Ley 91 de 1989, conforme el principio de favorabilidad, según el cual, debe reconocerse una pensión *“equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año”*. Sin embargo, advierte esta Sala que esta normativa no resulta aplicable al caso concreto, pues atendiendo el criterio de interpretación exegético, el artículo en cuestión, solo resulta aplicable a los docentes *“vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990”*, lo cual no ocurre en el presente asunto, pues la docente se vinculó el 10 de octubre de 1978, esto es, con anterioridad a las fechas ahí indicadas.

Además, valga resaltar que dicho artículo no puede cercenarse y dársele un alcance diferente al estipulado, en tanto al hacer dicha aclaración, hace referencia a que quienes se vinculen a partir de dicha fecha únicamente tienen derecho a una pensión de jubilación, excluyendo de esta manera el derecho a percibir una pensión gracia.

Entonces, resulta claro que el artículo en cuestión regula la situación prestacional de los docentes que se vinculen con posterioridad a dicha norma, además hace una distinción, pero a efectos del reconocimiento de la pensión gracia dado que las normas ahí estipuladas, hacen referencia a esta prestación.

Por el contrario, el numeral primero es contundente al señalar que los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989, como es el caso de la aquí de la aquí demandante, se continúan rigiendo por las normas aplicables a los servidores públicos del orden nacional, que, para la fecha, era la Ley 33 de 1985.

Entonces, se precisa con fundamento en la normatividad traída a colación en esta oportunidad y el precedente jurisprudencial de 25 de abril de 2019, el régimen jurídico aplicable al caso de la pensionada es el consagrado en la Ley 33 de 1985, por ser docente del orden nacionalizado y haberse vinculado antes de la Ley 812 de 2003.

¹⁴ Folio 6 C. Ppal.

¹⁵ Folio 7-9 C. Ppal.

¹⁶ Folio 10-12 C. Ppal.

¹⁷ Folio 14 vlto C. Ppal.

¹⁸ Folio 18 vlto C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

Luego, no se vulnera el principio de favorabilidad en materia laboral, pues debe recordarse que este se aplica en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. Esto es, la existencia del conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, y que son aplicables para su solución. Luego, a la fecha no existen varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica y no existe duda sobre la interpretación que debe realizarse sobre la liquidación de las pensiones de los docentes que se pensionen bajo la Ley 33 de 1985, pues ello fue establecido en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, citada en acápite anterior.

Ahora, aunque le asiste razón al extremo activo de la litis, en cuanto a la aplicación indebida 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. 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 la reliquidó posteriormente, no se encuentran afectados de nulidad, comoquiera los factores salariales que solicita sean incluidos, no se encuentran contemplados en la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, al existir a la fecha precedente de obligatorio cumplimiento en relación con la liquidación de las pensiones del sector docente cobijados bajo la Ley 33 de 1985, como ocurre en el caso concreto, no es posible apartarse de él, pues no existe elemento alguno que permita su no acatamiento.

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.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2017-00330-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: NANCY SARRIA SOLANO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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. 08 de 28 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.

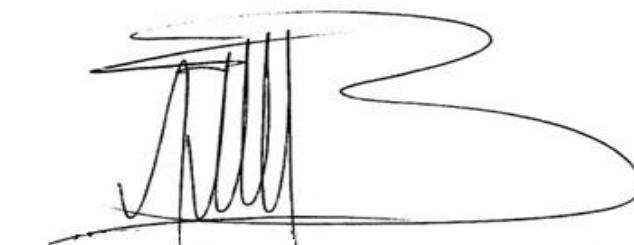
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ