



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

Popayán, siete (07) de mayo de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA TA-DES002 –ORD-053-2020.

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -  
Segunda instancia.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia N° 151 de 29 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES.**

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

La señora TERESA MARLENY LARA ÁGREDO por intermedio de apoderada debidamente constituida, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM y el municipio de Popayán, a efectos de que se declare la nulidad parcial de la Resolución 371 de 09 de septiembre de 2006, por medio de la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, sin tener en cuenta la totalidad de factores devengados en el último año de servicios, así como la nulidad parcial de la Resolución No. 113 de 30 de noviembre de 2015, por medio de la cual se reliquidó la pensión, adicionando únicamente los sobresueldos.

A título de restablecimiento del derecho requirió se ordene la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, así como el pago de la diferencia pensional y el retroactivo a que hubiere lugar, con los respectivos intereses moratorios.

#### **1.1. Hechos.**

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

La demandante nació el 01 de marzo de 1950 y prestó sus servicios en calidad de docente desde el 20 de febrero de 1974 y hasta el 06 de marzo de 2015, realizando sus aportes al FNPSM.

La demandante cumplió los requisitos para obtener su pensión el 01 de marzo de 2005.

---

<sup>1</sup>Folios 15 a 56 Cuaderno Principal.

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREGO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

La pensión le fue reconocida por Resolución 371 de 09 de septiembre de 2006, sin tener en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios.

Mediante Resolución 113 de 30 de noviembre de 2015 se reliquidó la prestación, adicionando únicamente los sobresueldos.

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

### **2.1. FNPSM<sup>2</sup>.**

La demandada contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones, al considerar que la pensión se causó con posterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, sólo se pueden tener en cuenta la base de cotización sobre la cual realizó los aportes el docente.

Expuso que según lo establecido en 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 y que su pago esté a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales, no puede ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Refirió que la actora adquirió el estatus de pensionada con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, y sus decretos reglamentarios, por lo que no se pueden considerar las primas de navidad, de vacaciones y de 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.

Adujo 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 y esta excepción solo comprende lo relacionado con edad de jubilación, por lo que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido en la excepción. En ese entendido, afirmó 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.

Luego de hacer un recuento de lo establecido en la Ley 33 de 1985, la Ley 812 de 2003, y los decretos 2341 de 2003, 1158 de 1998, 3752 de 2003 y 688 de 2002, en lo atinente al salario base de cotización de prestaciones sociales, 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 certifique la realización de aportes por dicho concepto, también serán incluidos como base de liquidación de la pensión, concluyendo así que no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por la demandante y a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

Como excepciones propuso la falta de legitimidad por pasiva, indebida presentación de la demanda, prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

---

<sup>2</sup>Folios 80 a 83 Cuaderno Principal .

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREGDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

## **2.1. Municipio de Popayán<sup>3</sup>.**

El municipio de Popayán se opuso a las pretensiones, planteando la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque la prestación reclamada está a cargo del FNPSM.

## **3. La sentencia de primera instancia<sup>4</sup>.**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia N° 151 de 29 de agosto de 2018, declaró la nulidad parcial de la resolución por medio de la cual se efectuó el reconocimiento pensional y la nulidad de la resolución por medio de la cual se reliquidó la prestación en el año 2015.

A título de restablecimiento del derecho condenó al FNPSM a reliquidar la pensión de la demandante con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios anterior al retiro, es decir entre el 07 de marzo de 2014 y el 06 de marzo de 2015, incluyendo la asignación básica, horas extras por novedades administrativas, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y asignación adicional coordinador, tomando de las primas la doceava parte, ordenando adicionalmente el pago de las diferencias.

También ordenó el descuento de los aportes y declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2012.

El a quo consideró aplicable la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de la misma anualidad, pero aplicando además la sentencia de 04 de agosto de 2010, que señala que los factores salariales son además de los descritos en las normas, los que se hayan devengado en el último año de servicios.

## **4. El recurso de apelación<sup>5</sup>.**

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

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

Mediante auto de 27 de noviembre de 2018<sup>6</sup> se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y con auto de 10 de diciembre de 2018<sup>7</sup> se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

## **6. Alegatos de conclusión<sup>8</sup>.**

El FOMAG presentó los mismos argumentos del escrito de apelación.

---

<sup>3</sup>Folios 80 a 83 Cuaderno Principal.

<sup>4</sup>Folios 150 a 151 Cuaderno principal.

<sup>5</sup>Folios 152 a 154 Cuaderno principal.

<sup>6</sup> Folio 03 Cuaderno recurso de apelación.

<sup>7</sup>Folio 09 Cuaderno recurso de apelación.

<sup>8</sup>Folios 13 a 15 c. recurso apelación

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREGO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

La parte demandante se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1. Competencia.**

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

### **2. Caducidad.**

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

### **3. El problema jurídico.**

Le corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia N° 151 proferida el 28 de agosto de 2018, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda ordenando reliquidar la pensión de la demandante incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

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

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

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

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

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

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

*(...)” .*

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

En ese entendido, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo consignado en la Resolución Nro. 371 de 09 de septiembre de 2006, la demandante ostentó el carácter de docente nacionalizado, vinculada desde el año 1975, para determinar la norma aplicable en materia pensional, es necesario referirnos a la normatividad vigente al momento que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989<sup>9</sup>, la cual corresponde a la Ley 33 de 1985.

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

*“Artículo 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. (...)*

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

*“Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”*

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

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

Tampoco es factible la pretensión del FNPSM de aplicar a la docente la Ley 812 de 2003, porque si bien es cierto el estatus pensional lo adquirió con

---

<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”.

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREGO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

posterioridad a la vigencia de esta normativa, es la Ley 91 de 1989, la que rige el régimen de la demandante, partiendo del carácter de docente nacionalizado y su fecha de vinculación acaecida en el año 1974.

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

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

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

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

De otro lado, la Alta Corporación precisó varios presupuestos a saber:

- ✓ **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 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>.

<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”.

<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

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

- ✓ 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>.

De igual manera, estableció que son dos los regímenes a los que pertenece el sector docente, así:

---

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 3° 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 disfrutan 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 5° 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 6° inciso 3° 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 2° del artículo 1° 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 («...»).*

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREGO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

*I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

*II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.*

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

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

*1. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>14</sup>, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985<sup>15</sup>.*

*2. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.*

*3. El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.*

*4. Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*5. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación*

---

<sup>14</sup> Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

<sup>15</sup> “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.



Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la **base de liquidación de la pensión**, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”<sup>16</sup>.

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

7. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

8. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.

9. En la Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 49 de 1989 Senado, “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, se dijo que “El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo”, y que esta fuente de financiación del Fondo “se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que se sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y las liquidaciones anuales de cesantías”. Se indicó: “[...] existe imposibilidad de incrementar las cotizaciones por encima de lo tasado en el artículo 8 o de disminuir las prestaciones por debajo del límite de lo hasta ahora consagrado en las entidades territoriales o de lo que regirá para todos en el futuro, que es lo vigente con referencia a los empleados públicos del orden nacional”.

10. De acuerdo con la ponencia, el régimen de **cotizaciones o de aportes** “refleja un **acuerdo total entre el Gobierno y el gremio de los educadores**, quienes manifiestan que esa tabla de ingresos garantizará el funcionamiento equilibrado del Fondo. Por la vía de la comparación se examinó el régimen de aportes y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social y al Fondo de Previsión Social del Congreso”.

---

<sup>16</sup>LEY 62 DE 1985”Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985”

“ARTÍCULO 1º. 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 para 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; 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. 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”.

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREGO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

11. De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

12. Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

13. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

14. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

**“La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

15. La subregla que fijó la Sala Plena, se apoyó en los siguientes argumentos:

**“La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se hayarealizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

*materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*

*La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia”.*

16. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

17. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

18. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

*incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.*

19. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

20. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

21. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

22. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

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

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

## 6. Caso concreto.

Siendo que la docente empezó a laborar el 13 de octubre de 1975, es decir, previo a la Ley 812 de 2003, la normatividad aplicable corresponde a la Ley 33 de 1985.

Conforme a la Resolución N° 371 de 09 de septiembre de 2006<sup>17</sup> mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, se tuvo en cuenta la edad de 55 años, y la cuantía correspondió al 75% del promedio de los factores salariales devengados por la docente durante el último año de servicio anterior al estatus.

Sin embargo, el problema jurídico aquí debatido corresponde a los factores incluidos en la liquidación pensional, como quiera que en la Resolución N° 113 de 30 de noviembre de 2015, solamente se le tuvo en cuenta la asignación básica mensual y el sobresueldo.

Entre tanto, el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios con Consecutivo 674, da cuenta de que además de la asignación básica y el sobresueldo o asignación adicional Coordinador 20%, también devengó horas extras.

Así las cosas, para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala precisa que la posición asumida por la entidad en el acto administrativo demandado que reconoce y ordena el pago de una reliquidación de la pensión de jubilación está afectada de nulidad, como quiera que las horas extras no fueron incluidas.

En conclusión, se confirmará la decisión de instancia pero solo frente a la inclusión de horas extras, acogiendo el criterio de Unificación fijado por el Honorable Consejo de Estado, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

## 7. 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 General del Proceso.

Así las cosas, en razón a que la alzada se resolverá de manera desfavorable a la parte demandada, de conformidad con el artículo 366 del CGP se condenará a ésta, a reconocer la suma del cero cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones, por concepto de agencias en derecho de segunda instancia.

## DECISIÓN

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

---

<sup>17</sup>Folios 4 y 5 cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-003-2016-00252-01.  
Demandante: TERESA MARLENY LARA ÁGREDO.  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM.  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia.

### FALLA:

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la Sentencia N° 151 de 29 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, salvo el numeral quinto, el cual quedará así:

*“QUINTO. CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación de la señora TERESA MARLENY LARA ÁGREDO, identificada con C.C. 34.522.321, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año anterior al retiro, es decir entre el 07 de marzo de 2014 al 06 de marzo de 2015, a saber, asignación básica, horas extras y asignación adicional coordinador.”*

**SEGUNDO.-CONDENAR** en costas a la parte demandada, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

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

### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

**Los Magistrados,**



**NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**



**DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**



**JAIRO RESTREPO CÁCERES**