



Libertad y Orden  
REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-002-2017-00075-01**  
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
ACTOR: **POLICARPO CUERO MONTAÑO**  
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FOMAG**

**SENTENCIA No. 079**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contra la Sentencia No. 036, proferida en audiencia inicial celebrada el 15 de marzo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES.**

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

El señor POLICARPO CUERO MONTAÑO instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se declare la nulidad parcial de las resoluciones No. 1239 de 10 de noviembre de 2005 y 2161 de 21 de octubre de 2014, por medio de las cuales se reconoce y paga pensión mensual vitalicia de jubilación al actor.

En consecuencia, se ordene el reajuste de la prestación incluyendo en la base para la liquidación, el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. A su vez, se paguen las diferencias salariales entre lo percibido y lo que resulte de la reliquidación.

**1.1.1.- Hechos.**

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

Que el señor Policarpo Cuero Montaña nació el 28 de junio de 1950 y prestó sus servicios como docente desde el 26 de julio de 1976 hasta el 28 de junio de 2005 (sic)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Folio 8-15 C. Ppal.

<sup>2</sup> En realidad fue 2015

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

Que solicitó el reconocimiento de su derecho pensional, al haber cumplido los requisitos para ello, lo cual fue reconocido mediante la Resolución No. 1239 de 10 de noviembre de 2005, liquidándose la prestación, únicamente con la asignación básica y el sobresueldo.

## **1.2.- La oposición.**

### **1.2.1.- Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-<sup>3</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 el actor 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.

Que el FOMAG no puede incluir en la liquidación, factores diferentes a los previstos en la cotización, por ser una lista taxativa de todo aquello que conforma el ingreso base de liquidación; por lo que la prestación debe ser liquidada únicamente con la asignación básica y horas extras.

Indica que el derecho a pensión sólo se consolida hasta tanto se hayan cumplido los requisitos para hacer exigible el mismo; por lo cual, al existir una mera expectativa, el reconocimiento está sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico.

Señala que de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, en relación con el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, se deduce que cuando estas se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los valores no podrá ser diferentes de la base de cotización sobre el cual se realizan aportes.

Como excepciones de fondo propuso la “indebida presentación de la demanda”, “prescripción” e “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”.

## **1.3.- La sentencia apelada.<sup>4</sup>**

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, en audiencia inicial celebrada el 15 de marzo de 2018, dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda.

Luego de hacer un análisis normativo y jurisprudencial del régimen aplicable a las pensiones de los docentes oficiales, consideró que el caso bajo estudio se regía por las previsiones de la Ley 33 de 1985, dado que la vinculación del demandante fue anterior a la Ley 812 de 2003.

Observó que la prestación fue liquidada sin incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, por lo que

---

<sup>3</sup> Folio 98-101 ibidem

<sup>4</sup> Folio 166 medio magnético, transcripción folio 67-172 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

correspondía declarar la nulidad parcial del acto acusado. Ordenó reliquidar la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio -13 de julio de 2014 al 13 de julio de 2015, incluyendo la asignación básica, la asignación adicional rector 30%, auxilio de movilización, prima de vacaciones docente, prima de alimentación especial, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y prima de grado.

Habilitó el descuento de los aportes sobre los factores que se ordenó incluir, en el porcentaje que le correspondía legalmente como trabajador.

Finalmente, respecto de la prescripción, indicó que si bien se presentó petición el 09 de diciembre de 2013, dentro de los 3 años siguientes no acudió a la jurisdicción, por lo que dicho término debía contabilizarse a partir de la presentación de la demanda. Así, concluyó que las mesadas anteriores al 06 de septiembre de 2014, se encontraban afectadas por dicho fenómeno.

#### **1.4.- El recurso de apelación**

##### **1.4.1. Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>5</sup>**

Impetró apelación contra la sentencia de instancia, pretendiendo su revocatoria, al considerar que el ingreso base de liquidación no puede ser establecido con factores salariales distintos a la asignación básica y los sobresueldos, por haberse causado la prestación en vigencia de la Ley 812 de 2003.

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 se realizan los aportes del docente.

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

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

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

---

<sup>5</sup> Folio 173-175 ibidem

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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

De esta manera concluyó que las pensiones que se causen con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso que el docente haya devengado sobresueldos y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también serán incluidos como base de liquidación de la pensión.

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

Por auto del 04 de mayo de 2018, se admitió la apelación<sup>6</sup>, y por auto del 23 de mayo siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días<sup>7</sup>.

El FOMAG<sup>8</sup> replicó los argumentos expuestos en la alzada.

La **parte demandante**<sup>9</sup> solicitó se confirme la sentencia de instancia, por haber acreditado los supuestos fácticos y jurídicos para tal fin.

La **representante del Ministerio Público**<sup>10</sup>, después de realizar un recuento procesal y un análisis normativo, concluyó que a los docentes, al estar exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, le eran aplicables las leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994 y el Decreto 2277 de 1979; a su vez, la Ley 33 de 1985 es norma que debe aplicarse al caso concreto dado que su vinculación fue anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003. Sobre los factores a aplicar, siguiendo la posición sentada en la sentencia de 04 de agosto de 2010, consideró que debían incluirse en la base salariales, todos aquellos factores devengados en el año anterior al cumplimiento del estatus jurídico, incluso aquellos sobre los cuales no se hubiere realizado el respectivo aporte.

Señaló que las pretensiones estaban llamadas a prosperar dado que no fueron incluidos en la base salarial, todos los factores devengados por el demandante. Razón por la cual, solicita, se confirme la sentencia de instancia.

## **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, actuando como Juez de segunda instancia, se limitará a los cargos de la apelación, de conformidad con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

---

<sup>6</sup> Folio 3 C. Segunda Instancia.

<sup>7</sup> Folio 10 ibidem

<sup>8</sup> Folio 15-17 ibidem

<sup>9</sup> Folio 18 ibidem

<sup>10</sup> Folio 21-30 ibidem

## **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 proferido en audiencia inicial el 15 de marzo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda.

Para resolver el caso concreto se hará referencia al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia y luego se analizará cuál es el ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación que nos ocupa.

## **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 1989<sup>11</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%)*

---

<sup>11</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: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

*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 ibídem, y por tanto, de la transición ahí dispuesta. Ahora bien, se había señalado que la aplicación de la Ley 812 de 2003, se circunscribía a aquellos docentes que se **vincularan** en vigencia de esta ley.

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

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

Pese a lo anterior, en Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, dentro del Expediente Rad. 680012333000201500569-01, el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambió la postura traída respecto del IBL y fijó los criterios definitivos para el reconocimiento pensional del régimen docente.

Señaló inicialmente la Alta Corporación, que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no constituye precedente respecto del sector docente ante la ausencia de similitud fáctica y por tratarse de problemas jurídicos distintos a los del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Empero, indicó que en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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>12</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>13</sup>.

<sup>12</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>13</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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
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 2003<sup>14</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>15</sup>.

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.”*

---

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>13</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>14</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>15</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: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

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

## 2.5. Caso concreto.

La demanda se interpuso con el objeto de obtener la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al demandante, para que se incorporen a la base pensional todos los factores de salario devengados en el año anterior a la adquisición del estatus.

La Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando reliquidar la prestación incorporando todos los factores de salario que el demandante percibió durante el último año de servicio.

La inconformidad de la defensa del FOMAG reside en que la pensión de jubilación no ha debido ordenarse reliquidar, señalando que al momento del reconocimiento se aplicó en debida forma la normatividad correspondiente. Itera que la base de liquidación se debe establecer con respecto a los factores que sirven de base de cotización para los aportes a pensión por parte del docente, dentro de los cuales no se encuentran previstos en la lista taxativa establecida para tal efecto los factores cuya inclusión fue ordenada.

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

- Mediante Resolución No. 1239 de 10 de noviembre de 2005, se reconoció una pensión vitalicia al señor Policarpo Cuero Montaña incluyendo en su liquidación la asignación básica, y sobresueldo, efectiva a partir del 29 de junio de 2005<sup>16</sup>.
- El señor Cuero Montaña nació el 28 de junio de 1950<sup>17</sup>.
- Se vinculó al servicio docente el 26 de julio de 1976<sup>18</sup>.
- Fue desvinculado mediante Resolución No. 04892 de 02 de julio de 2015, a partir del 14 de julio de 2015, por retiro forzoso.<sup>19</sup>
- Durante el último año de servicio, devengó asignación básica rector 30%, asignación básica, auxilio movilización, pago sueldo de vacaciones, prima de alimentación especial, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y prima grado<sup>20</sup>.
- A través de Resolución No. 2161-10-2014 de 21 de octubre de 2014, se negó la reliquidación de la prestación.<sup>21</sup>

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 y el precedente jurisprudencial de 25 de abril de 2019, el régimen jurídico aplicable al caso del pensionado es el consagrado en

---

<sup>16</sup> Folio 46-47, 127-129 C. Ppal.

<sup>17</sup> Folio 23, 44 C. Ppal.

<sup>18</sup> Folio 16, 48-49 C. Ppal.

<sup>19</sup> Según se lee del certificado de historia laboral No. 22122 de 15 de junio de 2016, obrante a folio 16 del C. Ppal.

<sup>20</sup> Folio 17-18 C. Ppal.

<sup>21</sup> Folio 57-58 ibídem

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

la Ley 33 de 1985, por ser docente del orden nacional y haberse vinculado el 26 de julio de 1976, esto en, antes de la Ley 812 de 2003.

Ahora bien, para esta Corporación y atendiendo los parámetros señalados en la pluricitada sentencia de unificación, el acto que reconoció la prestación de la demandante, no se encuentra afectado de nulidad, comoquiera que salvo la asignación básica, ninguno de los factores salariales devengados por la parte demandante están contenidos en la Ley 62 de 1985.

Ante este presupuesto, es claro que los argumentos aducidos en la alzada por parte del FOMAG están llamados a prosperar pues no procede la reliquidación deprecada. Razón por la cual, y dando respuesta al problema jurídico planteado, deberá revocarse la sentencia de instancia y en su lugar, negarse las pretensiones de la demanda, acogiendo el criterio de Unificación fijado por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

## **2.7. 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 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:*

*(...)*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...).”*

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

## **III. DECISIÓN.**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** REVOCAR la Sentencia No. 036 de 15 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.

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

EXPEDIENTE: 19001-33-33-002-2017-0075-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: POLICARPO CUERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

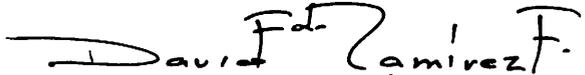
TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

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

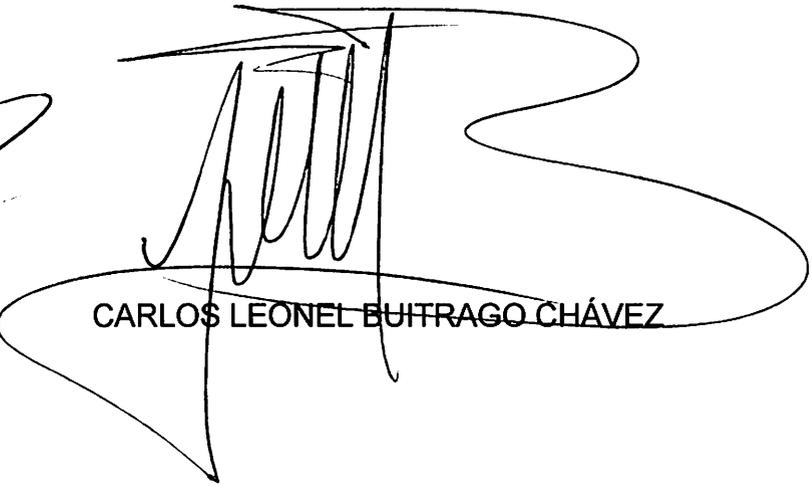
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

  
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

  
JAIRO RESTREPO CÁCERES

  
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ