



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "F"**

**Magistrada Ponente: Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas**

Bogotá D.C., tres (03) de abril de dos mil veinte (2020)

**Acción:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Radicación N°:** 25000-23-25-000-2011-00988-00  
**Demandante:** HENRY SARABIA ANGARITA  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
**Vinculados:** MUNICIPIO DE FACATATIVÁ; ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor HENRY SARABIA ANGARITA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FOMAG) conforme lo siguiente:

**I. DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

El señor HENRY SARABIA ANGARITA, actuando mediante apoderado judicial, presentó demanda<sup>1</sup> en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue subsanada mediante escrito del 15 de marzo de 2012<sup>2</sup>, y en la que se solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 287 del 16 de mayo de 2011, por medio de la cual el FOMAG se declara incompetente para reconocer la pensión de jubilación del demandante.

<sup>1</sup> Fls. 38 y ss. del cuaderno principal.  
<sup>2</sup> Fls. 54 y ss. del cuaderno principal.

- Resolución No. 339 del 21 de junio de 2011, por medio de la cual se confirma la resolución anterior.

Con fundamento en lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que el FOMAG es el competente para reconocer la pensión de jubilación del demandante, y que tal pensión debe otorgarse en un valor equivalente al 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus pensional, a partir del 21 de septiembre de 2007, con los respectivos reajustes de Ley.

De igual manera solicita que se declare que la pensión es compatible con el salario que el demandante devenga, y que se ordene pagar todas las mesadas pensionales adeudadas, con los correspondientes ajustes de valor de acuerdo con el artículo 178 del CCA, así como que se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y 177 de la misma codificación.

## **1.2. HECHOS**

- El demandante tiene una edad superior a los 55 años de edad y ha prestado más de 20 años de servicio en el Departamento de Cundinamarca como docente oficial.
- A través de la Resolución No. 287 del 16 de mayo de 2011, confirmada por la Resolución No. 339 del 21 de junio del mismo año, la Secretaría de Educación del Municipio de Facatativá, a nombre del FOMAG, se declaró incompetente para reconocer la pensión de jubilación solicitada por el demandante.
- El demandante ha prestado sus servicios del 31 de octubre de 1977 al 16 de mayo de 2004 en el Municipio de Facatativá; del 17 de mayo del mismo año al 31 de octubre de 2008 en Bogotá D.C., en comisión de servicios, y a partir del 1º de noviembre de 2008 en el Municipio de Facatativá.
- El tiempo servido en el Municipio de Facatativá fue cotizado al FOMAG. Por su parte, el tiempo servido en Bogotá D.C. fue cotizado en el hoy

liquidado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS, por políticas administrativas de la Secretaría de Educación de esa entidad territorial.

- El demandante adquirió su estatus pensional el 21 de septiembre de 2007, tiempo para el cual ya había cotizado al FOMAG por más de 26 años y 6 meses, motivo por el que tiene derecho a que su pensión de jubilación se reconozca de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, en la cuantía solicitada en las pretensiones, incluyendo los factores de sueldo, gastos de representación, prima técnica, bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima semestral, prima de vacaciones, vacaciones y prima de navidad.

### 1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- **Constitucionales:** Arts. 2º, 6º, 25 y 58.
- **Legales y Reglamentarias:** Código Civil, artículo 10º; Ley 57 de 1887, artículo 5º; Ley 6ª de 1945; Decreto 1285 de 1955, artículo 1º; Decreto Ley 2277 de 1977, artículos 31 y 70; Ley 4ª de 1966, artículo 4º; Decreto 1743 de 1966, artículo 5º; Leyes 33 y 62 de 1985, artículo 1º; Ley 71 de 1988; Ley 91 de 1989, artículos 1º, 2º y 15; Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994.

Indica que la discusión del caso se centra en determinar qué entidad debe efectuar el reconocimiento de la pensión del demandante, lo cual determinará la forma y los factores a tener en cuenta para liquidar tal prestación.

Señala que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º y 3º del Decreto Ley 2277 de 1979, 3º y 4º de la Ley 91 de 1989, 279 de la Ley 100 de 1993, así como con el Acto Legislativo 01 de 2005, el FOMAG es la entidad competente para reconocer la pensión del demandante, pues él es docente nacionalizado cuyo régimen pensional aplicable es el de los docentes afiliados a dicho Fondo.

Manifiesta que durante la comisión de servicios que tuvo, él cotizó al ISS no por voluntad propia sino por disposición de las políticas administrativas de

la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., hecho que pareciera buscar que el mismo no se pensione con aplicación de la Ley 33 de 1985, lo cual constituiría una conducta ilegal.

Hace referencia a lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 2527 de 2000, en virtud del cual el FOMAG puede solicitarle al ISS el traslado de los aportes realizados a este último, que remueve un obstáculo formal para que la liquidación de la pensión del demandante se efectúe en los términos solicitados en la demanda.

Ahora bien, aduce que de conformidad con lo resuelto por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010, Radicado No. 0112-2009, la liquidación de la pensión debe efectuarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el "*último año de servicios*", criterio que "*es obligatorio en la interpretación que deban efectuar los despachos y corporaciones judiciales de menor jerarquía*".

Así, de acuerdo con lo expuesto, señala que al haberse negado por parte del FOMAG el reconocimiento pensional pretendido se trasgredieron las normas constitucionales y legales invocadas, pues el demandante cumple con los requisitos para acceder a la prestación, por lo que se está pretermitiendo lo establecido en el artículo 58 de la Constitución, que garantiza los derechos adquiridos con justo título.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 2.1. NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>3</sup>

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que la Ley 812 y el Decreto 2341 de 2003 establecen que el ingreso base de cotización de los docentes es el previsto en el Decreto 1158 de 1994, y que el artículo 3° del

---

<sup>3</sup> Ffs. 93 y ss. del cuaderno principal.

Decreto 3752 del mismo año dispone que la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley mencionada no será diferente a la base de cotización aplicada para efectuar los correspondientes aportes.

Menciona que debe tenerse en cuenta la Circular 006 de 2007, que informó lo concertado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en reunión celebrada el 31 de agosto del mismo año, en el sentido de que ante la derogatoria del artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, las pensiones reconocidas en vigencia del Decreto aludido serán inmodificables por ser situaciones jurídicas consolidadas, y dicha Ley aplicará a partir del 25 de julio de 2007.

Por su parte, señala que por efecto de la descentralización de la educación pública y lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 715 de 2001 y 15 de la Ley 91 de 1989, a las entidades territoriales les corresponde reconocer y pagar factores salariales de origen legal; como las primas de navidad, vacaciones, servicios, alimentación, etc., y así mismo asumir el pago del valor al que asciende una pensión liquidada con la inclusión de dichos factores, no estando ello a cargo del FOMAG.

Finalmente propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Como quiera que las entidades territoriales certificadas ejercen la potestad nominadora, administran las instituciones educativas y el personal docente, y expiden el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones económicas, son tales entidades las legitimadas para actuar en el *sub lite*, por lo que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG no puede ser parte de este litigio ni asumir el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a cargo de la correspondiente entidad territorial.

- **Ausencia agotamiento requisito de procedibilidad:** No se acredita el cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la

Ley 1285 de 2009, referente a adelantar conciliación extrajudicial, pues no reposa en el expediente el acta de conciliación o la constancia respectiva de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

- **Genérica:** Propone esta excepción en los términos del artículo 306 del CPC, para que se declare cualquier excepción que resultare probada en el proceso, que establezcan que la obligación que se alega no existió o que los actos acusados no se encuentran viciados de nulidad.

- **Presunción de legalidad:** Los actos administrativos acusados se presumen válidos y generan efectos jurídicos mientras no hayan sido anulados judicialmente.

- **Prescripción:** Si bien la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puede intentarse en cualquier tiempo contra actos administrativos que hayan reconocido prestaciones periódicas, la figura de la prescripción del Decreto Ley 3135 de 1968 opera frente a mesadas no pagadas de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

## **2.2 SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FACATATIVÁ Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

Las autoridades mencionadas fueron vinculadas al proceso mediante auto del 5 de mayo de 2017<sup>4</sup>, pero no presentaron contestación de la demanda.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

#### **3.1. PARTE DEMANDANTE<sup>5</sup>**

La parte actora reiteró lo expuesto en la demanda y allegó copia de la Resolución No. 899 del 2 de agosto de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de Facatativá, a nombre del FOMAG, por medio de la cual le

<sup>4</sup> Fl. 215 reverso del cuaderno principal.

<sup>5</sup> Fls. 239 y ss. del cuaderno principal.

reconoce al demandante una pensión de jubilación a partir del 4 de mayo de 2014, en cuantía de \$1.324.346<sup>6</sup>, pero desestimando los tiempos de servicio prestados en comisión de servicios y sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.

### **3.2. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE FACATATIVÁ**

Las autoridades indicadas en el subtítulo no se pronunciaron en esta etapa del proceso.

### **3.3. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES<sup>7</sup>**

Indicó que la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva por cuanto los hechos de la demanda no están dirigidos contra esta, ni el acto acusado fue proferido por la misma, por lo que no existe una relación entre el demandante y COLPENSIONES.

Hizo unas consideraciones frente al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que esta solamente cobijó el monto pero no el IBL, y formuló las siguientes excepciones:

- **Cobro de lo no debido:** COLPENSIONES reconoce y paga pensiones con base en las normas vigentes y de acuerdo con los principios de favorabilidad en edad, tiempo de servicios y monto pensional, por lo que al reclamarse una prestación sin asidero jurídico o fáctico se incurre en un cobro de lo no debido.
- **Prescripción:** Se solicita decretar la prescripción de cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, sin que ello implique reconocer derecho alguno a favor de él.

---

<sup>6</sup> Fls. 246 y ss.

<sup>7</sup> Fls. 265 y ss. del cuaderno principal.

- **Buena fe:** En todas las actuaciones del Fondo Pensional este se sometió al imperio de la Constitución y la Ley, y es de carga exclusiva del demandante desvirtuar la buena fe con que la entidad expidió el acto acusado en el presente caso.

- **Inexistencia del derecho reclamado:** Indica que lo pedido en la demanda no tiene asidero jurídico "*toda vez que al actor le fue reconocida una pensión por el IDRD, [y] el demandante ya causó el derecho no siendo aplicables otras normas*".

- **Genérica:** Solicita que se declaren las demás excepciones que se encuentren configuradas en el proceso.

### 3.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO<sup>8</sup>

Considera, en primer lugar, que el FOMAG es el fondo pensional competente para reconocer la pensión del demandante, de acuerdo con el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969.

Indica que la norma señalada fue invocada por el FOMAG para negar el reconocimiento pensional, en el entendido de que el fondo competente para reconocer la pensión es al cual se encontraba afiliado el trabajador al momento de cumplir su estatus.

Considera que de la norma aludida no puede deducirse el entendimiento que le dio el Fondo para negar el reconocimiento pensional, pues aquella establece que el competente para reconocer la pensión será el fondo al cual se encontraba afiliado el trabajador al momento de cumplir el tiempo de servicios requerido por la Ley para acceder a la prestación, "*si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin*", situación que no es la del aquí demandante.

---

<sup>8</sup> Fls. 279 y ss. del cuaderno principal.

Por su parte, indica que la misma norma establece que el fondo competente para reconocer la pensión es al cual se encuentra afiliado el trabajador al momento del retiro si para entonces cumple los requisitos de edad, situación que se adecúa al caso del demandante aun cuando el mismo continuó prestando el servicio.

Señala que aunque el demandante tuvo una comisión de servicios en un empleo de naturaleza administrativa no perdió su condición de docente en los términos del Decreto 2277 de 1979, ni el derecho a pensionarse conforme con lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, más si se tiene en cuenta que cotizó la mayor parte de sus servicios como docente en un régimen especial.

Agrega que de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 91 de 1989 el FOMAG reconoce las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraren vinculados a la fecha de promulgación de esa Ley, así como de los que se vincularen con posterioridad a ella, por lo que es viable concluir que si el demandante conservó su condición de docente, el FOMAG es el competente para reconocer su pensión, tal como lo hizo mediante la Resolución No. 899 del 2 de agosto de 2017.

En segundo lugar, señala que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 el régimen pensional aplicable a los docentes que ingresaron al servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 es el previsto en la Ley 33 de 1985, cuyos requisitos de tiempo y edad se encuentran acreditados por el demandante, incluso los del régimen pensional de la Ley 71 de 1988, de considerarse su aplicación.

Así, señala que la pensión del demandante debe liquidarse conforme lo dispone la Ley 33 de 1985, aplicando lo analizado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación dictada el 4 de agosto de 2010, en el proceso con No. de radicado 2006-07509.

En tercer lugar, considera que para el demandante no aplica la compatibilidad establecida en el Decreto ley 224 de 1972, pues conforme con lo analizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado en el concepto 1459 del 29 de agosto de 2002, tal prerrogativa la conservan los docentes vinculados con anterioridad al Decreto 1278 de 2002 y que se encuentren en la condición prevista en el literal g) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, esto es tener la condición de pensionado, caso que no es el del demandante.

Así las cosas, concluye que frente a la pretensión de reconocimiento pensional a cargo del FOMAG existe un hecho superado con la expedición de la Resolución No. 899 del 2 de agosto de 2017, y que las demás pretensiones deben ser negadas, pues para el demandante no aplica la compatibilidad reclamada, por lo que su pensión debe liquidarse con el promedio de factores salariales del último año de servicios.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda se radicó ante esta Corporación el 4 de octubre de 2011<sup>9</sup>, y fue repartida al Despacho del H. Magistrado Dr. JOSÉ RODRIGO ROMERO ROMERO<sup>10</sup>.
- La demanda fue inadmitida a través de auto del 28 de octubre de 2011<sup>11</sup>.
- La parte actora allegó escrito de subsanación de la demanda el 15 de marzo de 2012<sup>12</sup>.
- Mediante auto del 27 de julio de 2012, con fundamento en lo dispuesto en los Acuerdos PSAA11-8365 y PSAA11-8922 de 2011, así como el Acuerdo PSAA12-9524 de 2012, el proceso fue remitido a la Secretaría de las Subsecciones 'E' y 'F' en descongestión de la Sección Segunda de esta

---

<sup>9</sup> Fl. 50 reverso del cuaderno principal.

<sup>10</sup> Fl. 51 del cuaderno principal.

<sup>11</sup> Fl. 53 del cuaderno principal.

<sup>12</sup> Fls. 54 y ss. del cuaderno principal.

Corporación, y fue asignado al H. Magistrado Dr. GERMÁN RODOLFO ACEVEDO RAMÍREZ<sup>13</sup>.

- A través de auto del 14 de septiembre de 2012 se admitió la demanda<sup>14</sup>.

- La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG contestó la demanda a través de memorial allegado el 21 de agosto de 2013<sup>15</sup>.

- Mediante auto del 6 de marzo de 2015 se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda y la contestación. Así mismo se consideró que no había más pruebas que practicar y se ordenó correr traslado común a las partes para que aleguen de conclusión<sup>16</sup>.

- Mediante auto del 10 de julio de 2015, con fundamentó en lo establecido en el Acuerdo PSAA15-10363 del 30 de junio del mismo año, se remitió el proceso al Despacho en descongestión de la H. Magistrada Dra. ANA MARÍA CORREA ÁNGEL, adscrita a la Sección Primera en descongestión de la Corporación, quien avocó conocimiento del caso a través de auto del 2 de septiembre de 2015<sup>17</sup>.

- Los Despachos permanentes de la Subsección 'F' de la Sección Segunda de esta Corporación fueron creados mediante el Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura, y recibieron los asuntos que se encontraban a cargo de los anteriores Despachos en descongestión.

- Mediante auto del 22 de abril de 2016 se puso en conocimiento del Municipio de Facatativá una presunta nulidad por indebida notificación<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Fls. 72 y ss., y 87 del cuaderno principal.

<sup>14</sup> Fls. 89 y 90 del cuaderno principal.

<sup>15</sup> Fls. 93 y ss. del cuaderno principal.

<sup>16</sup> Fls. 164 a 166 del cuaderno principal.

<sup>17</sup> Fls. 187 y 188 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> Fl. 194 del cuaderno principal.

- Por medio de auto del 15 de julio de 2016 se corrió traslado de la solicitud de nulidad allegada por el Secretario de Educación Municipal de Facatativá<sup>19</sup>.

- A través de auto del 21 de marzo de 2017 se requirió al MUNICIPIO DE FACATATIVÁ para que acreditara que el Secretario de Educación de dicho Municipio, que presentó la solicitud de nulidad con base en lo dispuesto en el auto del 22 de abril de 2016, tiene la facultad para actuar en representación judicial de la entidad<sup>20</sup>.

- Mediante auto del 5 de mayo de 2017<sup>21</sup> se declaró saneada la nulidad puesta en conocimiento en el auto del 22 de abril de 2016, y se dispuso vincular al proceso al MUNICIPIO DE FACATATIVÁ, en calidad de demandado, y a COLPENSIONES, en calidad de tercero interesado. De igual forma, se decidió requerir unas pruebas.

- Por medio de auto del 15 de agosto de 2017<sup>22</sup> se requirió al MUNICIPIO DE FACATATIVÁ para que constituyera apoderado de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del CCA, y a Secretaría para que se pidiera a COLPENSIONES la prueba documental que se solicitó en el auto del 5 de mayo de 2017.

- A través de auto del 17 de noviembre de 2017 se corrió traslado para alegar de conclusión<sup>23</sup>.

- El demandante y COLPENSIONES alegaron de conclusión y el Ministerio Público emitió concepto<sup>24</sup>.

- Mediante auto del 4 de mayo de 2018 se requirió de oficio a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. unas pruebas documentales<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Fl. 204 del cuaderno principal.

<sup>20</sup> Fl. 207 del cuaderno principal.

<sup>21</sup> Fl. 215 del cuaderno principal.

<sup>22</sup> Fl. 225 del cuaderno principal.

<sup>23</sup> Fl. 238 del cuaderno principal.

<sup>24</sup> Fls. 239 y ss. del cuaderno principal.

<sup>25</sup> Fl. 287 del cuaderno principal.

Surtido el trámite procesal de primera instancia y sin que se observe causal de nulidad alguna, procede la Sala a decidir el fondo del asunto.

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. COMPETENCIA**

Este Tribunal es competente para decidir en primera instancia la demanda incoada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, con fundamento en lo establecido en el art. 132, numeral 2, del CCA.

Igualmente, dado que el presente proceso para el día 2 de julio de 2012 se encontraba en trámite, debe continuarse y decidirse bajo el régimen jurídico contenido en el Decreto 01 de 1984, tal como se dispone en el art. 308 de la Ley 1437 de 2011.

**5.2. CUESTIÓN PREVIA - EXCEPCIONES**

**5.2.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**

Esta excepción fue formulada por el FOMAG y COLPENSIONES.

Al respecto, la Sala considera que frente al FOMAG la excepción no se encuentra configurada con fundamento en lo siguiente:

Mediante la Ley 91 de 1989, arts. 3º y 5º, se dispuso crear el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) "(...) como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital"<sup>26</sup>, con la finalidad de pagar las prestaciones sociales de sus docentes afiliados, entre otras.

<sup>26</sup> Negrilla y subrayado fuera de texto.

El art. 9º de la misma norma dispuso que las prestaciones que paga el FOMAG "(...) serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales".

Así, inicialmente a través del Decreto 1775 de 1990, en consonancia con el art. 179 de la Ley 115 de 1994, se reglamentó el funcionamiento del FOMAG, disponiendo que el reconocimiento de las prestaciones sociales de sus afiliados se realizaría a través de las oficinas de prestaciones sociales de los Fondos Educativos Regionales de cada entidad territorial, que debían estudiar cada caso y expedir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento con el visto bueno de la fiduciaria.

Posteriormente, en el art. 56 de la Ley 962 de 2005, en relación con el trámite de reconocimiento de las prestaciones sociales por parte de FOMAG, se estableció:

**ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La disposición referida fue reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, arts. 2º a 5º, normas que fueron compiladas por el Decreto 1075 de 2015 "DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR EDUCACIÓN", que a su vez fueron modificadas por el Decreto 1272 de 2018.

Con fundamento en lo anterior, se tiene que las prestaciones sociales que paga el FOMAG se reconocen por el mismo Fondo a través de un trámite en el que intervienen la Secretaría de Educación de la entidad territorial donde presta sus servicios el docente afiliado y la entidad fiduciaria que administra los recursos del fondo (FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.), la primera adelantando el estudio, el proyecto y la expedición del acto que

decide sobre el reconocimiento, y la segunda aprobando dicho proyecto de acto.

Al respecto, en providencia del 29 de abril de 2019, No. de radicado 2014-00166, el H. Consejo de Estado indicó:

(...) [N]o obstante ser la fiduciaria la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, este último, a través del respectivo ente territorial, conserva la potestad o la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los Decretos 1775 de 1990 (artículos 5 a 8) y 2831 de 2005 (artículo 5).

En este orden de ideas, sería el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el llamado a responder en los procesos contencioso-administrativos en que se ventilen controversias respecto del reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, empero, como comporta «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica»<sup>27</sup>, su representación judicial corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, conforme al mandato contenido en el artículo 159 (inciso 2) del CPACA. (En itálica por el Despacho)

Lo anterior ratifica el criterio de la Corporación citada y que fue plasmado por su Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto proferido el 23 de mayo de 2002, No. de radicado 1423, así como en providencias más recientes, como las dictadas el 14 de febrero de 2019, No. de radicado 2014-00061, y el 31 de enero del mismo año, No. de radicado 2016-02345. En efecto, en la providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil mencionada se precisó:

(...) Cabe observar que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, o conexo o derivado de éste, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional; y en relación con el pago de derechos ya reconocidos la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A.  
 (...)

En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, **la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.**

A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus

<sup>27</sup> Artículo 3 de la Ley 91 de 1989. (...) [Referencia del fallo en cita].

deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De esta manera, el hecho de que la Secretaría de Educación de la entidad territorial en que el docente presta sus servicios, y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., como entidad fiduciaria que administra los recursos del Fondo, participen en la atención de las solicitudes de prestaciones que reconoce y paga el FOMAG, no implica atribuirles responsabilidad frente a las obligaciones que, si bien se cumplen por su conducto, se encuentran a cargo de dicho Fondo que, por consiguiente, es el llamado a responder judicialmente por ellas con sus recursos.

Es así como se debe indicar que si bien la Secretaría de Educación de la correspondiente entidad territorial en la que labora el docente estudia las solicitudes y expide los actos correspondientes para el reconocimiento y pago de las prestaciones a cargo de FOMAG, ello conforme al procedimiento legal establecido, no significa que dicha entidad deba responder por las pretensiones formuladas en la demanda, pues, como se anotó, aunque participa en el trámite referido, tal situación no implica que deba asumir como tal la representación ni las obligaciones y finalidades del FOMAG, misma consideración que se tiene respecto de la FIDUCIARIA LA PREVISORA, como entidad que administra los recursos del FOMAG.

Por consiguiente, la entidad llamada a representar judicialmente en el presente asunto al FOMAG -que reconoce y paga el concepto económico objeto de discusión en el caso- y a defender los intereses de la Nación en el mismo es el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, con fundamento en lo establecido en los arts. 9° de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962 de 2005, así como lo analizado al respecto por el H. Consejo de Estado.

Ahora bien, se aclara que en una eventual condena esta debería ser cubierta con los recursos del FOMAG, administrados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de acuerdo con lo expuesto, y que de conformidad con el trámite previsto y las competencias legales atribuidas a las entidades que

intervienen en el procedimiento de reconocimiento y pago de las obligaciones laborales a cargo de FOMAG, deberán ejercerse las actuaciones pertinentes a fin de cumplir tal condena.

Así, la representación judicial atribuida al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL no conlleva ni implica resolver en principio que en caso de condena contra el FOMAG dicho Ministerio deba cumplir esta con sus propios recursos.

De esta manera la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG está legitimada en la causa por pasiva para actuar en el proceso, razón por la que no prospera la excepción propuesta frente a tal entidad, y debe declararse de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE FACATATIVÁ.

Ahora bien, con relación a COLPENSIONES, se resuelve que tampoco se encuentra configurada la excepción de falta de legitimación por pasiva, pues dicho Fondo Pensional se vinculó al presente asunto como tercero por tener interés en las resultas del proceso, pues el FOMAG le está atribuyendo la competencia para reconocer la pensión del demandante en atención a las cotizaciones que el mismo efectuó a dicho Fondo Pensional durante la comisión de servicios que tuvo.

Así las cosas, la decisión del caso puede tener efectos frente a COLPENSIONES, por lo que se deduce que dicho fondo se encuentra legitimado para actuar en este proceso en la calidad en que fue vinculado a fin de garantizar sus derechos de defensa y contradicción.

**5.2.2. NO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

Para la Sala no se encuentra configurada la excepción propuesta por el FOMAG en el sentido de que en el presente caso no se acreditó el cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial,

por cuanto al versar el asunto sobre el reconocimiento de un derecho pensional, que se considera de carácter irrenunciable, tal requisito de procedibilidad no era exigible para presentar la demanda, pues por las características anotadas el asunto no es susceptible de conciliación.

Al respecto, en providencia del 28 de noviembre de 2018 el H. Consejo de Estado señaló<sup>28</sup>:

(...) [A]cerca de los derechos laborales y específicamente, sobre las prestaciones periódicas se precisó por parte de esta Corporación que tienen la calidad de irrenunciables, posición que descarta la obligación de ser conciliadas. En efecto, al respecto se dijo<sup>29</sup>:

*"En otras decisiones y sobre el mismo tema, también precisó esta Corporación que gozaban de la calidad de derechos irrenunciables y, por ende, no susceptibles de conciliación, las prestaciones periódicas, como es el caso de los salarios, en vigencia del vínculo laboral, y las mesadas pensionales, sobre las cuales no hay lugar a transacción por ser derechos ciertos e indiscutibles".*

Así las cosas, cuando las pretensiones se refieran al pago de prestaciones periódicas no es exigible el presupuesto procesal consagrado en el ordinal 1° del artículo 161 del CPACA, en la medida que son derechos irrenunciables y en el caso particular de las pensiones, estos además son ciertos e indiscutibles.

Ello, sin perjuicio de que las partes puedan acudir voluntariamente a este medio alternativo de solución de conflictos cuando se discutan derechos laborales de este tipo, siempre que tal proceder no implique la renuncia del derecho.

La postura anterior también cobija los casos en que se busca la reliquidación de la pensión puesto que la cuantía es parte esencial de esta, luego también se torna en un derecho con las características antes enunciadas (...).

Con fundamento en lo anterior, no es procedente declarar la configuración de la excepción en comento formulada por el FOMAG.

### **5.2.3. DEMÁS EXCEPCIONES FORMULADAS**

En cuanto a las excepciones de presunción de legalidad y prescripción formuladas por el FOMAG, y las excepciones de cobro de lo no debido,

<sup>28</sup> Dictada por la Sección Segunda – Subsección 'A' de la Corporación, No. de radicado 2016-00383, C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación: 27001-23-33-000-2013-00101-01(0488-14). Actor: Enoe Serna Rentería. Demandado: Departamento del Chocó, Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social el Chocó (Dasalud en Liquidación). Bogotá D.C. 27 de abril de dos 2016 (Referencia de la providencia en cita).

prescripción, buena fe e inexistencia del derecho reclamado formuladas por COLPENSIONES, la Sala considera que estas hacen referencia a argumentos que fundamentan la posición jurídica de las entidades mencionadas frente al caso, por lo que las mismas serán analizadas y decididas al momento de resolverse el fondo del asunto.

Finalmente, en cuanto a la excepción genérica planteada por el FOMAG y COLPENSIONES la Sala no observa probada ninguna.

#### **5.2.4. ENJUICIABILIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS**

Se tiene que en el presente caso se acusan las Resoluciones No. 287 y 339 del 16 de mayo y 21 de junio de 2011, respectivamente, por medio de las cuales el FOMAG se declaró incompetente para reconocer la pensión de jubilación del demandante.

No obstante, y conforme con lo manifestado por el demandante en su escrito de alegatos de conclusión, se tiene que presentó una petición posterior de reconocimiento pensional a la Secretaría de Educación de Facatativá - FOMAG el 4 de mayo de 2017, la cual fue resuelta a través de la Resolución No. 899 del 2 de agosto de 2017, que le reconoció una pensión de jubilación a partir del 4 de mayo de 2014, en cuantía de \$1.324.346, tomando como IBL lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha desde la cual estuvo en comisión de servicios (06/05/2003 – 04/05/2004), y sin incluir la prima de navidad.

Ahora bien, la Sala advierte que la jurisprudencia no ha sido pacífica al determinar qué debe hacer el Juzgador al encontrar que la Administración, mediante acto posterior, notificado luego de trabada la *litis*, concede total o parcialmente el derecho que se encuentra en controversia. Es así como existen dos tesis: la primera señala que se debe declarar la inhibición, mientras que la segunda propugna porque se defina el fondo del asunto, atendiendo a las pretensiones reclamadas en la demanda, que no hayan sido reconocidas por la Administración.

Para fundamentar la tesis según la cual se debe declarar la inhibición el H. Consejo de Estado<sup>30</sup> explicó:

[L]a inconformidad planteada por el demandante no puede tener curso en el presente proceso, toda vez que fue resuelta por la propia Administración acudiendo a la figura de la revocatoria directa contemplada en los artículos 69 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Tampoco pueden ser resueltos los argumentos del recurso de apelación pues estos se orientan a reclamar que la Resolución No.2699 del 4 de septiembre de 2000, si bien reconoció el derecho a la prima técnica no reconoció ni intereses moratorios ni corrección monetaria, y como este acto administrativo no fue atacado en la demanda, un pronunciamiento sobre el particular desbordaría el marco de la relación jurídico procesal que quedó fijado, desde un principio, en torno al examen de validez de la Resolución No.5351 del 7 de diciembre de 1999.

De acuerdo con lo anterior la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y se **inhibirá** de conocer sobre el fondo por las razones expresadas.

Esta posición fue reiterada por la misma Corporación el 2 de noviembre de 2006, en el proceso 15001233100020000069701 (2200-04), actor Wilson Antonio Soracá Pedraza en contra del Departamento de Boyacá.

Por su parte, la segunda tesis señala que se debe resolver el fondo del asunto definiendo sobre las pretensiones pendientes y declarando la excepción de pago sobre aquellas que haya concedido la Administración. Al respecto expuso el H. Consejo de Estado<sup>31</sup>:

En efecto, como quiera que, según lo afirma la entidad demandada (...), a la señora (...) le fue reconocida su pensión mediante Resolución No. 0841 de 14 de julio de 1978, era procedente realizar los reajustes reclamados; razón por la cual el acto demandado está viciado de nulidad y por ende, en principio, sería procedente ordenar el pago de los mencionados reajustes y la respectiva indexación. Sin embargo, es del caso destacar que la demandante allegó al plenario la Resolución No. 002089 del 7 de julio de 2004 por medio de la cual la Administración reconoció el reajuste pensional que se reclama en el sub examine; en consecuencia, se encuentra probada la excepción de pago parcial, por lo que se impone declararla y ordenar el pago de la indexación desde el momento en que se causó el derecho y hasta la fecha en que se efectuó el pago, pero con efectos fiscales a partir del 29 de agosto de 1998, como quiera que los montos anteriores prescribieron por cuanto la reclamación en vía administrativa se hizo en dicha fecha del año 2001.

<sup>30</sup> Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" C. P.: DR. Jesús María Lemos Bustamante del 10 de febrero de 2005.- REF: No 15001233100020000088801.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. No. 250002325000200205187 01 (3721-04), Actor: Raquel Cepeda de Perilla, 29 de septiembre de 2005.

Bajo esta segunda tesis, en este caso es claro que se debe estudiar lo referente al régimen pensional aplicable al demandante y la forma como se debe liquidar su prestación de jubilación, pues como se vio en líneas anteriores y se analizará ulteriormente el acto posterior no otorgó de manera integral las pretensiones de la demanda, y teniendo en cuenta que la inhibición no debe ser la forma usual para terminar los litigios y que corresponde al Juez tomar las medidas que estén a su alcance para evitarlos, la Sala Mayoritaria encuentra acertado adoptar esta tesis.

Así las cosas, si bien es cierto la entidad demandada, en el transcurso del proceso, le reconoció el derecho a la pensión de jubilación al demandante, a través de la Resolución No. 899 del 2 de agosto de 2017, la cual en efecto no fue demandada en el presente asunto por haber sido proferida con posterioridad a su radicación, también lo es que ello no es óbice para estudiar de fondo el reconocimiento de la pensión del demandante teniendo en cuenta la norma que le aplica y su forma de liquidación, tal como se analizará posteriormente, pues con la expedición de dicha resolución no desaparecieron los fundamentos fácticos que originaron los actos acusados que le negaron el reconocimiento pensional solicitado.

Por ende, aun cuando no se efectuará un pronunciamiento de fondo sobre la Resolución No. 899 del 2 de agosto de 2017, los efectos del presente fallo, de ser favorables a las pretensiones de la accionante, afectarán la mesada pensional que devenga actualmente, así como la fecha a partir de la cual tiene derecho a percibir la prestación.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO**

Se contrae a determinar lo siguiente:

- 1) Si el FOMAG es el fondo pensional competente para reconocer la pensión del demandante.
- 2) Si al demandante le aplica la prerrogativa de compatibilidad

establecida en el artículo 5° del Decreto Ley 224 de 1972, para devengar sueldo y pensión de jubilación simultáneamente.

**3)** Si el demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, y si dicha prestación debe liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición de su estatus pensional.

#### **5.4. TESIS DE LA SALA**

Con relación a cada uno de los problemas jurídicos planteados en el punto anterior la Sala considera:

**1)** El FOMAG sí es la entidad competente para resolver sobre el reconocimiento y pago de la pensión del demandante como entidad encargada de reconocer las prestaciones a su cargo de sus docentes afiliados, así como en virtud del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969 y lo resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado frente a un conflicto de competencias administrativas similar al que aquí se plantea.

**2)** Al demandante le aplica la prerrogativa de compatibilidad de sueldo y pensión en atención a su fecha de vinculación al servicio docente. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, tal compatibilidad no le aplica en los tiempos que laboró en cargos de carácter administrativo, como es el caso del empleo desempeñado en comisión de servicios.

**3)** El demandante cumple con los requisitos para que le sea reconocida su pensión de jubilación conforme con la Ley 33 de 1985. Sin embargo, conforme con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el año de servicios a tomar para establecer la base de liquidación de la prestación no puede ser el inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus sino el último año en que ejerció la profesión

docente, conforme se explicará .ulteriormente, y dicha base de liquidación deberá ser indexada.

### 5.5. HECHOS PROBADOS

a. El demandante nació el 21 de septiembre de 1952, por lo que cumplió 55 años de edad el 21 de septiembre de 2007<sup>32</sup>.

b. El demandante ha prestado sus servicios como docente oficial, en el Municipio de Chocontá del 31 de octubre de 1977 al 7 de junio de 1984, y en el Municipio de Facatativá desde el 8 de junio de 1984<sup>33</sup>, y como tal se encuentra afiliado al FOMAG, a donde ha cotizado para pensión<sup>34</sup>.

c. Al demandante se le concedió comisión de servicios para desempeñar el cargo de GERENTE CÓDIGO 39 GRADO 04 de CADEL (Centro Administrativo de Educación Local), en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., del 17 de mayo de 2004 al 31 de octubre de 2008<sup>35</sup>. En el desempeño de tal cargo ejerció las siguientes funciones<sup>36</sup>:

- Identificar las necesidades del Sector Educativo de la localidad para aportar elementos a la formulación del Plan de Desarrollo del Distrito Capital, el Plan Sectorial y el Plan Educativo Local PEL, articulando el conjunto de planes y proyectos del sector educativo a partir de lineamientos establecidos.
- Desarrollar el Proyecto Educativo Local a partir de las necesidades de la comunidad educativa y de las políticas de gestión de la entidad.
- Organizar, poner en marcha y mantener actualizado el sistema de información educativa local de acuerdo con los lineamientos y las políticas establecidas por la entidad.
- Coordinar la organización de las bases de datos y demás elementos que permitan prestar el servicio de información a la comunidad.

<sup>32</sup> Fl. 129 del cuaderno principal.

<sup>33</sup> Fls. 24 y 25 del cuaderno anexo.

<sup>34</sup> Fl. 13 del cuaderno principal.

<sup>35</sup> Fls. 294 y 295 del cuaderno principal, y fl. 19 del anexo.

<sup>36</sup> Fl. 300 del cuaderno principal.

- Coordinar y controlar la consolidación y organización de la información sobre las necesidades del personal docente y administrativo de los establecimientos educativos oficiales de la localidad y presentar los informes locales requeridos, según los procedimientos establecidos.
- Proveer continuamente información sobre las políticas de la entidad, sobre las normas del sector educativo en general y demás asuntos de interés del sector a los establecimientos educativos y a la comunidad de acuerdo con los lineamientos establecidos.
- Proponer acciones que apoyen la gestión del Recurso Humano de la localidad a partir de la información proporcionada por cada una de las instituciones educativas.
- Apoyar a las Subsecretarías de Planeación y Finanzas, Administrativa y Académica, en la puesta en marcha de los programas adoptados para desarrollar políticas acordes con el plan sectorial y el plan institucional.
- Resolver en segunda instancia, en su calidad de jefe inmediato del rector, los recursos y/o demás situaciones relacionadas con la administración de recurso humano de los colegios de la localidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos y la normatividad vigente.
- Supervisar la actualización del directorio de establecimientos educativos en la localidad en coordinación con el Cuerpo Técnico de Supervisión Educativa y coordinar los reportes al nivel central de las novedades generadas para su respectivo ajuste.
- Coordinar el desarrollo de los programas y proyectos de la localidad, controlar y evaluar los alcances y avances de cada uno de ellos y enviar los reportes respectivos a la Unidad Coordinadora CADEL.
- Vigilar el mantenimiento y actualización del sistema de matrículas, del sistema de Recursos Humanos y de los demás sistemas de apoyo de la gestión a nivel local.

La Secretaría de Educación de Bogotá certifica otro tiempo de servicios del demandante en dicha entidad, comprendido entre el 24 de junio de 2011 y el 16 de mayo de 2012. Sin embargo, no se logró acreditar de forma clara en qué cargo y bajo qué situación administrativa lo desempeñó<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Fl. 295 del cuaderno principal.

d. Durante la comisión de servicio el demandante cotizó a pensión en el hoy extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, actualmente COLPENSIONES<sup>38</sup>.

e. A través de solicitud radicada el 27 de octubre de 2010 el demandante solicitó al FOMAG el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que fue negada a través de la Resolución No. 287 del 16 de mayo de 2011, bajo el argumento de que con fundamento en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969 el competente para reconocer la pensión del docente es el fondo pensional al cual se encontraba afiliado al momento de cumplir el estatus pensional<sup>39</sup>.

f. El demandante presentó recurso de reposición contra la Resolución mencionada en el punto anterior, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 339 del 21 de junio de 2011, en el sentido de confirmar el acto recurrido con base en las mismas razones<sup>40</sup>.

g. Por medio de escrito radicado el 8 de julio de 2016 el demandante solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión al FOMAG, que a través de la Resolución No. 1445 del 22 de septiembre del mismo año la negó<sup>41</sup>.

h. El demandante presentó una petición de reconocimiento pensional a la Secretaría de Educación de Facatativá - FOMAG el 4 de mayo de 2017, la cual fue resuelta a través de la Resolución 899 del 2 de agosto de 2017<sup>42</sup>, por medio de la que se dispuso reconocer una pensión de jubilación a partir del 4 de mayo de 2014, en cuantía de \$1.324.346 con las siguientes especificaciones:

- Se deja constancia que se liquida la presente prestación desde 06/05/2003 hasta 04/05/2004, dado que el docente se encontraba en comisión no remunerada desde 06/05/2004 hasta 10/12/2008.

<sup>38</sup> Fl. 276 del cuaderno principal.

<sup>39</sup> Fls. 2 a 4 del cuaderno principal.

<sup>40</sup> Fls. 6 a 9 del cuaderno principal.

<sup>41</sup> Fls. 4 y 5 del cuaderno anexo.

<sup>42</sup> Fls. 246 y 247 del cuaderno principal.

- Prescriben mesadas desde 21/09/2007 hasta 04/05/2014.

- No se incluye la prima de navidad, dado que no está reconocida dentro de las actas de liquidación Art. 1 Ley 62/85. Art. 45 Decreto 1045 de 1978 y Manual unificado de actas de liquidación para docentes nacionales, aprobadas por el Ministerio De Educación Nacional (sic en toda la cita).

En esta resolución la pensión se liquidó incluyendo los factores de asignación básica y prima de vacaciones. El acto de reconocimiento se notificó personalmente el 16 de agosto de 2017<sup>43</sup>.

i. Del 1° de enero de 2003 al 5 de mayo de 2004 el demandante devengó los siguientes factores en su servicio como docente del Municipio de Facatativá: Sueldo, prima de vacaciones y prima de navidad<sup>44</sup>.

j. De acuerdo con la información que reposa en el Registro Único de Afiliaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, el demandante se encuentra activo como cotizante a pensión en el FOMAG, con corte al 13 de marzo de 2020, de lo que se deduce que actualmente continúa prestando sus servicios como docente oficial<sup>45</sup>.

## 5.6. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES

Previo a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados en el caso, la Sala considera relevante efectuar un análisis normativo y jurisprudencial general frente al régimen pensional aplicable a los docentes afiliados al FOMAG, sobre lo cual resulta preciso hacer referencia al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que estableció las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social allí contenidas, señalando que:

**ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

<sup>43</sup> Fl. 247 reverso del cuaderno principal.

<sup>44</sup> Fl. 307 del cuaderno principal.

<sup>45</sup> Fl. 313 del cuaderno principal.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).  
(Subrayado fuera del texto).

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que entró en vigencia el 26 de junio de 2003, dispuso:

**ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** 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 (...).

Para establecer el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, hay que hacer referencia a lo establecido en la Ley 91 de 1989, cuyo artículo 15 previó:

**ARTÍCULO 15.** 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:

(...)

2.- Pensiones:

(...)

A. Para 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, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Por su parte el art. 115 de la Ley 115 de 1994 señala:

**ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES.** El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. 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.

(...).

A su vez, el art. 6° de la Ley 60 de 1993 dispuso:

**ARTÍCULO 6°. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. (...).**

(...)

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, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Para la Sala Mayoritaria, el régimen especial para docentes no expiró el 31 de julio de 2010, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política". En efecto, dicho Acto Legislativo, en su artículo 1°, modificó el artículo 48 en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 1°.** Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

*"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".*

(...)

**"PARÁGRAFO TRANSITORIO 1°.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

**"PARÁGRAFO TRANSITORIO 2°.** Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

(...).

De acuerdo con la norma en cita, el Constituyente determinó que dejarían de tener vigencia los regímenes pensionales distintos a los previstos en las leyes del Sistema General de Pensiones, salvo los determinados en los párrafos de dicho artículo, entre los cuales se encuentra el régimen pensional de los docentes.

Así las cosas, los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se rigen en materia pensional por las normas que ya les venían aplicando, la cual no es la Ley 100 de 1993, en cuanto el artículo 279 de tal norma los excluyó de su aplicación, sino el "(...) régimen vigente para los pensionados del sector público nacional (...)", de acuerdo con las normas citadas de las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, que para el 31 de diciembre de 1989 (entrada en vigencia de la primera de las últimas 3 leyes mencionadas), era el Decreto Ley 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, y con la modificación efectuada en cuanto a pensión de jubilación por la Ley 33 de 1985<sup>46</sup>.

En efecto, el H. Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 29 de marzo de 2012<sup>47</sup>, No. de radicado 2005-00764, analizó:

Como pu[e]de observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial". Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la 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>48</sup>.

<sup>46</sup> **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.  
 (...)

**ARTÍCULO 25.-** Esta Ley (...) deroga los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

<sup>47</sup> Sección Segunda – Subsección 'B', C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>48</sup> Criterio reiterado por la misma Corporación, Sección Segunda – Subsección 'A', en la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2012, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, No. de radicado 2009-00528.

De igual manera, la misma Corporación en la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2014<sup>49</sup>, No. de radicado 2012-00170, indicó:

Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación<sup>50</sup> establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita proferida, por esta misma Sección:

"(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que 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. (...)

'2. Pensiones:

'B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

**'De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.**

'Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional (...)'."

<sup>49</sup> Sección Segunda – Subsección 'B', C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>50</sup> Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (Referencia del fallo en cita).

En sentencia de tutela dictada el 13 de septiembre de 2017<sup>51</sup>, No. de radicado 2017-01267 (AC), el H. Consejo de Estado mencionó al respecto:

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para efectos de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes nacionales, en tanto que el estatuto que los rige no regula ese aspecto, les aplicaba el marco legal contemplado en las normas que regulan esa materia para los empleados públicos del orden nacional, una de ellas, la Ley 33 de 1985, aspecto que ha sido reiterado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y lo dio por sentado el mismo Tribunal en su decisión.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están exceptuados de su aplicación "los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989", ese marco general del sistema pensional no resultaba aplicable al demandante.

Es más, el **parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005**, dispuso lo siguiente:

**"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones"** (Negrilla y Subraya de la Sala).

Así las cosas, al actor le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, no en virtud del régimen del régimen de transición consagrado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las normas que han desarrollado ese régimen, sino por disposiciones legales, jurisprudenciales y constitucionales que expresamente así lo han establecido.

De acuerdo con lo citado anteriormente, cabe destacar que la Ley 33 de 1985 les aplica a los docentes afiliados al FOMAG por virtud de las disposiciones legales y jurisprudenciales que así lo han establecido, y no como beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

## 5.7. CASO CONCRETO

La Sala procederá a resolver de forma concreta cada uno de los problemas jurídicos planteados en el ítem 5.3 de esta sentencia, en el mismo orden en que fueron relacionados en dicho acápite.

<sup>51</sup> Sección Cuarta, C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

### **5.7.1. FONDO PENSIONAL COMPETENTE PARA RECONOCER LA PENSIÓN**

En los actos acusados el FOMAG consideró que con base en lo dispuesto en inciso 1° del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969 no era la entidad competente para reconocer la pensión que solicita el demandante, pues para la fecha en que adquirió su estatus pensional él estaba cotizando al ISS, hoy COLPENSIONES, y en ese sentido este último es el Fondo competente para resolver sobre el reconocimiento y pago de la prestación reclamada.

Está demostrado que el demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que en materia pensional le aplica el régimen previsto en el Decreto Ley 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, con la modificación efectuada en cuanto a pensión de jubilación por la Ley 33 de 1985.

Lo anterior es una precisión relevante por cuanto si bien los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de quienes les aplica el régimen aludido son los previstos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que modificó en cuanto a dicha prestación lo señalado en el Decreto ley 3135 de 1968, en lo no previsto en la Ley mencionada se debe acudir a lo establecido en el Decreto Ley y su decreto reglamentario.

En ese sentido, es aplicable al caso lo establecido en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, que dispone frente al Fondo Pensional que debe reconocer la pensión lo siguiente:

#### **ARTÍCULO 75. EFECTIVIDAD DE LA PENSIÓN.**

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72<sup>52</sup>, de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.

De acuerdo con el inciso primero de la norma citada se encuentra que el Fondo Pensional competente para reconocer la pensión es al cual el trabajador se encontraba afiliado al momento de su retiro del servicio. Lo anterior aplica en cualquiera de los supuestos de hecho que la disposición abarca, esto es *i)* para el trabajador que cumplió la edad exigida con posterioridad al retiro del servicio y al cumplimiento del tiempo requerido, o *ii)* para el trabajador que al momento del retiro cumple con los requisitos de edad y tiempo exigidos.

En ese sentido, si bien el demandante adquirió su estatus pensional durante la comisión de servicios que tuvo en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., tiempo en el cual cotizó al hoy extinto ISS, a la fecha no se ha retirado del servicio y continúa afiliado al FOMAG como docente oficial al servicio del Municipio de Facatativá.

Aunado a que la comisión de servicios que el demandante tuvo no implicó solución de continuidad conforme con lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto Ley 2277 de 1979, y que la solicitud de reconocimiento pensional se presentó el 27 de octubre de 2010, esto es cuando se había terminado la comisión de servicios y había retomado su cargo como docente oficial, se concluye que es el FOMAG el Fondo Pensional que debe resolver sobre el reconocimiento de la pensión del sr. SARABIA ANGARITA, como autoridad competente para atender y pagar las prestaciones a su cargo del personal docente que tiene afiliado (arts. 4 y 5 de la Ley 91 de 1989).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 75 del Decreto 1849 de 1969, en consonancia con lo

---

<sup>52</sup> **ARTÍCULO 72. ACUMULACIÓN DEL TIEMPO DE SERVICIOS.** Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación. En este caso, el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta.

establecido en el artículo 2° del Decreto 2527 de 2000<sup>53</sup>, al Fondo competente de reconocer la pensión le corresponde solicitar el traslado de las cotizaciones efectuadas por el trabajador a otros Fondos o fijar la cuota parte pensional correspondiente, según sea el caso.

Frente a un caso similar al presente, y respecto de un conflicto de competencia suscitado entre el hoy suprimido ISS y el FOMAG, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en providencia del 8 de septiembre de 2005, No. de radicado 11001-03-15-000-2004-00241-01, resolvió:

En el caso origen del presente conflicto, según la resolución número 22275 del 18 de marzo de 2002 expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folios 15 a 17, cuaderno 2), el señor Javier de Jesús Tabares González, laboró como docente al servicio del Departamento de Antioquia del 27 de marzo de 1967 al 30 de junio de 1997 y desde el 16 de marzo de 2000 hasta la fecha de la mencionada resolución, presentando una interrupción desde el 1 de julio de 1997 hasta el 16 de marzo de 2000, tiempo durante el cual estuvo en comisión de servicios no remunerada, ejerciendo un cargo de libre nombramiento y remoción en la Contraloría General de la República (Folio 39, cuaderno 2).

De conformidad con el concepto transcrito, y con el artículo 66 del decreto 2277 de 1979 en éste mencionado, el señor Tabares González no perdió su clasificación en el escalafón durante el tiempo laborado en la Contraloría General de la República, pues se encontraba en comisión de servicios autorizada por el Departamento de Antioquia. En consecuencia, y teniendo en cuenta que el educador regresó a su cargo de docente el 16 de marzo de 2000, luego de haber terminado la comisión, esta Sala concluye que el señor Tabares nunca perdió su calidad de docente y por lo tanto le son aplicables las normas sobre pensiones establecidas para el Magisterio.

(...)

Aunque el señor Javier de Jesús Tabares González cumplió el requisito de edad para pensionarse mientras ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción en la Contraloría General de la República, tiempo durante el cual hizo sus aportes al Instituto de Seguros Sociales, volvió a adquirir la condición de afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al regresar al cargo de docente el 16 de marzo de 2000.

Así, los aportes del señor Tabares González correspondientes a pensión, fueron realizados en su mayor parte al Fondo Nacional de Prestaciones

<sup>53</sup> **ARTÍCULO 2°. SOLICITUD DE TRASLADO DE COTIZACIONES E INFORMACIÓN.** De conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la pensión, y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la Caja, Fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento de la pensión, según el artículo anterior, solicitará a las administradoras o entidades de los tiempos cotizados o servidos que no se tienen en cuenta para el reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posea(n) sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral. Dicho traslado se deberá efectuar dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la solicitud.

Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta el tiempo laborado como docente del Departamento de Antioquia, antes y después de la comisión de servicios, durante la cual realizó sus aportes al Instituto de Seguros Sociales en ejercicio del cargo mencionado en la Contraloría General de la República.

Conforme al artículo 1° de la ley 91 de 1989<sup>54</sup>, el señor Tabares González es un docente nacionalizado, cuyo régimen pensional, de acuerdo a las disposiciones transcritas, es el señalado para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales señalan que éste debe realizar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

En consecuencia, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad competente para tramitar el reconocimiento y pago de la pensión a que tiene derecho el docente Javier de Jesús Tabares González."

De esta manera, se reitera, es el FOMAG la entidad competente de resolver sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del demandante, tal como el mismo Fondo lo asumió en la Resolución 899 del 2 de agosto de 2017.

#### 5.7.2. COMPATIBILIDAD DEL SUELDO Y LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Se tiene que el artículo 5° del Decreto Ley 224 de 1972 estableció para los docentes la compatibilidad de devengar salario y pensión en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 5°.** El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El Decreto 2277 de 1979, "[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", define el mismo en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 2°.** **PROFESIÓN DOCENTE.** Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

<sup>54</sup> Ley 91 de 1989. "Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

*Personal nacional.* Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

*Personal nacionalizado.* Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

*Personal territorial.* Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975" (Referencia del fallo en cita).

*Parágrafo.* Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad."

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

(...)

**ARTÍCULO 32. CARÁCTER DOCENTE.** Tiene carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos directivos que se señalan a continuación, o los que tengan funciones equivalentes:

- a. Director de escuela o concentración escolar;
- b. Coordinador o prefecto de establecimiento;
- c. Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media;
- d. Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos;
- e. Supervisor o inspector de educación.

Ahora bien, el artículo 128 de la Constitución Política dispone:

**ARTÍCULO 128.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

En desarrollo de la anterior disposición constitucional citada el artículo 19, literal g), de la Ley 4ª de 1992 dispuso:

**ARTÍCULO 19.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

(...)

- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

De acuerdo con las normas citadas, aplicables al caso conforme lo previsto por el inciso 3º del artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, citados en precedencia, se encuentra que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Ley 224 de 1972 se

estableció a favor de quienes ejercen la profesión docente en los términos del Decreto Ley 2277 de 1979 la compatibilidad para devengar simultáneamente sueldo y pensión, prerrogativa que de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional se entiende garantizada de forma excepcional y objetiva por la Constitución Política y la Ley tanto a los pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 4º de 1992 como a los demás docentes afiliados al FOMAG que llegaren a pensionarse.

En efecto, se tiene que el H. Consejo de Estado, en sentencia del 22 de marzo de 2018<sup>55</sup>, No. de radicado 25000-23-42-000-2015-02644-01, resaltó:

Respecto de la compatibilidad entre sueldo y pensión de jubilación para docentes, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>56</sup>, concluyó lo siguiente:

*"Teniendo en cuenta este antecedente, así como la legislación expedida con posterioridad a la Ley 4º de 1992, la Sala considera que si bien es cierto ella estableció como criterio para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores aludidos, el respeto a los derechos adquiridos por los servidores del Estado tanto de régimen general «como de los regímenes especiales», como era natural, también lo es que el literal g) no estableció una excepción a la prohibición, atendiendo un criterio subjetivo, derivado de la locución «beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados», sino uno de carácter objetivo supeditado a la expresión «exceptúanse las siguientes asignaciones», que remite a las disposiciones de la legislación anterior que consagraban las excepciones ya mencionadas, esto es, la compatibilidad de devengar pensión y sueldo, o dos pensiones -ordinaria y gracia-*

*"Así, las locuciones citadas entre comillas se remiten a las normas que beneficiaban a los docentes pensionados, es decir, aquellas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público, y no a los docentes que se hallaban pensionados al momento de la vigencia de la ley 4º de 1992, pues la excepción apunta es a las «asignaciones» y no a los sujetos «docentes pensionados».*

*"De esta manera, un docente se beneficia de la excepción dicha, cuando al cumplir las exigencias legales accede a la pensión y simultáneamente tiene la posibilidad jurídica de devengar sueldo u otra pensión, en los términos ya señalados (...)"*

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional, en los siguientes términos<sup>57</sup>:

*"{...}"*

<sup>55</sup> Proferida por la Sección Segunda – Subsección 'A' de la Corporación, C.P. Dr. Rafael Suárez Vargas.

<sup>56</sup> Concepto 1305 del 23 de noviembre de 2000, consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, reiterado en concepto 1459 de 29 de agosto de 2002 (Referencia del fallo en cita).

<sup>57</sup> Sentencia T-064 de 1995 de la H. Corte Constitucional.

"Entre los preceptos que han venido favoreciendo a los docentes al servicio de entidades públicas cabe señalar el contenido en el artículo 5 del Decreto Ley 224 de 1972, a cuyo tenor «el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la **tarea docente**, pero no se decretará el retiro forzoso del servicio al cumplir los 65 años de edad».

"Así, pues, cuando en el asunto que se examina la Caja Nacional de Previsión Social, mediante acto administrativo, desconoce la existencia de unas clarísimas excepciones al precepto constitucional, establecidas por la ley con previa autorización de la propia Carta, las cuales favorecen de manera específica **a quienes cumplen la actividad docente**, que es la ejercida por la actora, lesiona abiertamente su derecho al trabajo.

"En efecto, amparada en la misma norma constitucional que la Caja invoca y en la normatividad legal que consagra el régimen excepcional, la peticionaria puede percibir las mesadas correspondientes a su pensión sin que para ello deba renunciar al **cargo de docente** y, a la inversa, le es posible trabajar al servicio de la enseñanza sin que, contra su voluntad de hacerlo, pueda CAJANAL oponer la consecuencia de una pérdida del derecho a la pensión, ya que con ello impondría al trabajo un castigo que, para casos como el controvertido, no tiene sustento en norma alguna.

"(...)

"Además, es claro para la Corte que, estando autorizada la peticionaria para **ejercer como docente** sin detrimento de su pensión, la restricción proveniente del acto administrativo vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad".

(...)

De acuerdo con lo expuesto, es claro para la Sala que los docentes gozan de la prerrogativa de recibir simultáneamente pensión de jubilación y sueldo, siempre y cuando después de habérseles reconocido la pensión, continúen desempeñándose **en el ejercicio de empleo docente**.

Debe señalarse que en virtud de la expedición del Decreto Ley 1278 de 2002<sup>58</sup> "[p]or el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente", y de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 citado en precedencia, la compatibilidad de que trata el Decreto Ley 224 de 1972 cobija solamente a los docentes que se vincularon con anterioridad a la expedición del Decreto Ley señalado, como prerrogativa especial del régimen prestacional que les aplica conforme con las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994.

<sup>58</sup> **ARTÍCULO 46. SALARIOS Y PRESTACIONES.** El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, establecerá la escala única nacional de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el Escalafón Docente de conformidad con el presente decreto (...).

Expuesto lo anterior, se señala que está acreditado en el *sub lite* que el demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 1278 de 2002. En ese sentido le aplica la prerrogativa de compatibilidad prevista en el Decreto ley 224 de 1972.

Ahora bien, debe reiterarse que tal compatibilidad opera siempre y cuando se ejerza la profesión docente en los términos del Decreto 2277 de 1979.

Se observa que el demandante tuvo una comisión de servicio en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. del 17 de mayo de 2004 al 31 de octubre de 2008, en la cual desempeñó el cargo de Gerente de Centro de Administración Educativa Local - CADEL, hoy Dirección Local de Educación, y ejerció las funciones señaladas en el literal c) del ítem 5.5 de esta providencia.

El artículo 66 del Decreto Ley 2277 de 1979 señala sobre la comisión de servicios:

**ARTÍCULO 66°. COMISIONES.** El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones.

Si el comisionado fuere removido por una de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 de este Decreto, se le aplicará el procedimiento disciplinario establecido en el Capítulo V.

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.

El tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón.

Si la designación para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia.

Para la Sala el cargo desempeñado por el demandante en comisión de servicios, que es de dirección, es de carácter administrativo y no corresponde al ejercicio de la docencia en los términos del Decreto Ley

2277 de 1979, pues no implica el ejercicio de la enseñanza en planteles educativos, ni corresponde a uno de los cargos de directivos docentes mencionados en el artículo 32 del mismo Decreto Ley.

En este punto se destaca lo que el artículo 35 del Decreto Ley 2277 de 1979 dispone:

**ARTÍCULO 35°. CARGOS ADMINISTRATIVOS.** Los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32, tiene[n] carácter administrativo (...).

Debe señalarse también que a través del Acuerdo Distrital 31 de 1992 (art. 15<sup>59</sup>) se crearon los CADEL como medida para descentralizar la administración del sector educación en Bogotá D.C.<sup>60</sup>. Posteriormente, mediante el Decreto Distrital 330 de 2008 (art. 13), los CADEL fueron reemplazados por las Direcciones Locales de Educación, que tienen la misma finalidad.

De lo anterior se deduce que los titulares de tales centros, hoy direcciones, desempeñan un cargo que, aunque influye directa y/o indirectamente en el ejercicio de la enseñanza y/o la profesión docente, es de carácter netamente administrativo.

En consecuencia, la compatibilidad de salario y pensión que cobija al demandante solamente puede predicarse en los periodos en que ejerció la profesión docente pero no en los que desempeñó empleos de carácter administrativo, como el de Gerente de CADEL.

Al respecto, y frente al caso de una docente que tuvo una comisión de servicios para desempeñar el cargo de directora de la Dirección Local de Educación de Usme, el H. Consejo de Estado, en la ya citada sentencia del 22 de marzo de 2018<sup>61</sup>, No. de radicado 25000-23-42-000-2015-02644-01, indicó:

<sup>59</sup> Véase igualmente el artículo 24 del Decreto Distrital 816 de 2001.

<sup>60</sup> Artículo 15 del Acuerdo

<sup>61</sup> Proferida por la Sección Segunda – Subsección 'A' de la Corporación, C.P. Dr. Rafael Suárez Vargas.

Por Resolución 2054 del 31 de agosto de 2012<sup>62</sup> expedida por el secretario de educación de Bogotá, se nombró a la señora Aura María Estupiñán Sánchez en el cargo de director técnico, código 009 grado 05 ubicado en la Dirección Local de Usme, perteneciente a la planta de personal administrativo.

Por Resolución 2055 del 31 de agosto 2012<sup>63</sup>, le fue concedida comisión para desempeñar el mencionado empleo de libre nombramiento y remoción y se dispuso que mientras estuviera ejerciéndolo no recibiría remuneración alguna como docente por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá.

(...)

(...) [E]l cargo que desempeñaba la actora no corresponde a los señalados en el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979 y las funciones asignadas a este no tienen la connotación docente, en los términos descritos en el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979, lo cual permite afirmar que no se encuentra dentro de las excepciones a la prohibición de percibir doble asignación del erario.

La labor docente ha sido reconocida por su importancia frente a la sociedad y la responsabilidad que tienen los educadores con los educandos, al punto que a aquellos se les ha permitido disfrutar de la pensión y continuar ejerciendo su labor docente. No es este el caso de la demandante, quien se encontraba desempeñando un cargo administrativo.

En este orden de ideas, el otorgamiento de comisiones a que se refiere el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, que permite a los educadores escalafonados ejercer, en forma temporal, cargos de libre nombramiento y remoción, si bien no genera la pérdida de su clasificación en el escalafón de carrera ni su condición de docentes, tampoco significa que tengan derecho a percibir simultáneamente pensión y sueldo, como se explicó, pues atendiendo el tenor de la norma no se observa que tales comisiones sean consideradas como una excepción a la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público. La excepción tendría lugar si el cargo ejercido en comisión lo fuera en un empleo docente. No obstante, se repite, el cargo de director técnico código 09 grado 05 de la Secretaría de Educación de Bogotá es de carácter administrativo, lo que permite concluir la incompatibilidad entre el sueldo que devenga la actora en el cargo que desempeña actualmente y su pensión de jubilación.

En conclusión, la situación de la señora Aura María Estupiñán Sánchez, no se encuentra dentro de las excepciones a la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público y en esa medida no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, el demandante tiene derecho a devengar de forma simultánea salario y pensión únicamente en los periodos en que ejerza la profesión docente en los términos del Decreto Ley 2277 de 1979, no siendo posible aplicar dicha compatibilidad durante el tiempo en que ejerció

<sup>62</sup> Folio 10 (Referencia del fallo en cita).

<sup>63</sup> Folios 11-12 (Referencia del fallo en cita).

cargos de carácter administrativo, como es el caso del desempeñado durante la comisión de servicios que tuvo de 2004 a 2008.

### **5.7.3. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

Resuelto todo lo anterior en el presente caso, procede establecer si el demandante cumplió con los requisitos para pensionarse bajo el régimen que le aplica (Ley 33 de 1985) a la fecha de presentación de la solicitud en vía gubernativa y, de ser así, la forma en que debe liquidarse la prestación.

Se tiene que el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispone:

**ARTÍCULO 1°.** 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, de acuerdo con los hechos probados del caso, se tiene que el demandante ya acreditaba más de 20 años de servicio al 17 de mayo de 2004, fecha en que inició su comisión de servicios como Gerente del CADEL en la Secretaría de Educación de Bogotá, pues del 31 de octubre de 1977 al 7 de junio de 1984 laboró 6 años, 7 meses y 6 días como docente en el Municipio de Chocontá, y desde el 8 de junio de 1984 al 16 de mayo de 2004 laboró 19 años, 11 meses y 8 días como docente del municipio de Facatativá.

En cuanto al requisito de edad, se encuentra que el demandante cumplió 55 años de edad el 21 de septiembre de 2007, cuando se encontraba en comisión de servicios como Gerente de CADEL de la Secretaría de Educación de Bogotá.

De esta manera, es claro que el demandante adquirió su estatus pensional el 21 de septiembre de 2007, esto es durante el tiempo en que se encontraba en comisión de servicios ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., y antes de la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional en sede administrativa (27 de octubre de 2010).

Así, el demandante tiene derecho a que el FOMAG le reconozca y pague la pensión de jubilación en los precisos términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y de conformidad con lo indicado por el H. Consejo de Estado en su jurisprudencia frente a la forma de liquidación de esta prestación.

En ese sentido, en primer lugar se debe indicar que el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, dispuso:

**ARTÍCULO 1°.** 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** (Negrilla fuera de texto).

En sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, No. de radicado 68001-23-33-000-2015-00569-01, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado resolvió lo siguiente frente a la forma de liquidación de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes afiliados al FOMAG que por su fecha de vinculación al servicio les aplica dicho régimen pensional por virtud de la Ley, no como beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993:

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 1° 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 (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La Sala reconoce la vinculatoriedad de las Sentencias de Unificación del H. Consejo de Estado, así como de las de Constitucionalidad y Unificación de la H. Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos 10<sup>64</sup> y 102<sup>65</sup> del CPACA.

En este orden de ideas, la Sala acoge la última postura señalada en la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, en observancia del deber de consideración del precedente judicial por parte de los operadores judiciales en garantía del derecho fundamental a la igualdad, de los principios de legalidad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, en pro de la coherencia y armonía del sistema jurídico.

Por otra parte, en la sentencia de unificación de que trata el presente numeral, se dispuso qué efectos jurídicos tiene la misma en cuanto a su aplicación. Se tiene entonces que tal proveído indicó:

#### **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN (...) - EFECTOS RETROSPECTIVOS**

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, **que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias;** (...). Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del

<sup>64</sup> Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>65</sup> Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada (En negrilla por la Sala).

Así las cosas, se encuentra que los factores salariales que deben integrar el IBL de la pensión de jubilación del docente demandante son aquellos sobre los cuales efectuó o debió efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, que para el caso son la asignación básica y la prima de vacaciones.

Ahora bien, se encuentra que tal como se resolvió líneas atrás el demandante ejerció un cargo de carácter administrativo -no docente- durante la comisión de servicios del 17 de mayo de 2004 al 31 de octubre de 2008, situación que hace que por dicho periodo no aplique la compatibilidad de sueldo y pensión prevista en el Decreto Ley 224 de 1972.

Ante esta situación resulta preciso hacer referencia a lo que frente a un caso similar el H. Consejo de Estado resolvió en la sentencia proferida el 8 de agosto de 2019<sup>66</sup>, No. de radicado 76001-23-31-000-2011-01517-01:

40. Es importante recordar, que la discusión del presente asunto se contrae a establecer si el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación por sus servicios como docente sea reliquidada teniendo en cuenta los sueldos y factores salariales que percibió durante el último año de servicio en el cargo ejercido en comisión de libre y nombramiento y remoción como director técnico en la Contraloría General de Santiago de Cali. Frente a ello, el *a quo* se inclinó hacia la tesis de que sí, pues conforme a la normativa reguladora de la carrera docente y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el maestro oficial escalafonado puede ser comisionado en cargos de libre nombramiento y remoción sin perder su derecho a la estabilidad y además, percibir el sueldo del encargo.

(...)

42. Destaca la Sala, que mediante la Resolución 0131 del 31 de enero de 2008, suscrita por el Gobernador y el Secretario de Educación Departamental del Valle del Cauca, se comisionó al demandante para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción en la Contraloría General de Santiago de Cali como director técnico (...).

(...)

(...) [S]e tiene que el artículo 32 del Estatuto Docente (Decreto ley 2277 de 1979) relaciona los cargos directivos que tienen carácter docente y el

<sup>66</sup> Dictada por la Sección Segunda – Subsección B del H. Consejo de Estado, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

artículo 35 *ibídem* señala que los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32, tienen carácter administrativo y sus titulares se registrarán por las normas aplicables a los demás empleados públicos.

48. Se establece entonces que:

- El docente oficial tiene un tratamiento pensional especial, según el cual el régimen se determina por la fecha de vinculación, enfatizando que esta distinción obedece a sus servicios como educador.

- El artículo 32 relaciona los cargos directivos que tienen carácter docente, entre los cuales no se encuentra el de director técnico, código 009 grado 05, de la Contraloría General de Santiago de Cali, el cual desempeñó dentro del último año de servicio. Por ende, este cargo no puede ser asimilado a la calidad exigida para tal trato preferencial.

- Al no estar catalogado como docente el cargo de director técnico, código 009 grado 05, de la Contraloría General de Santiago de Cali, ni haberse demostrado que tuviera funciones equivalentes a las que comprende la profesión docente, entendiéndose estas como las definidas por artículo 2 del Decreto 2277 de 1979, quiere decir que se trata de un cargo administrativo en el que no ejerció labores de educador.

- La cotización a seguridad social por el periodo en comisión tuvo como destino el ISS (Fl. 19), es decir, que puede reputarse ajena a los servicios docentes, cuyas contingencias son cubiertas por el FOMAG.

49. Así las cosas, la pensión de jubilación al educador no se puede liquidar con factores salariales que no correspondan a los devengados como remuneración de los servicios docentes. Además, desdibuja el objetivo de la pensión y se va en contravía de las disposiciones que la regulan y la otorgan a los educadores por sus labores especiales.

De igual forma, y frente a la liquidación de una pensión de gracia, el mismo H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2008<sup>67</sup>, No. de radicado 25000-23-25-000-2006-00723-01, señaló:

Ahora bien, esta Sala no comparte el argumento esgrimido por la parte recurrente en el sentido de liquidar la pensión gracia de jubilación con los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional, esto es, en el cargo administrativo desempeñado en comisión, por tratarse de una pensión de régimen especial que se adquiere por los servicios docentes prestados, de tal suerte que para el caso sub - júdice, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se desempeñó como docente (1995 - 1996).

Así las cosas, la pensión gracia de jubilación del actor se liquidará con base en el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al último año de servicios docentes prestados, conforme lo determinó el a - quo.

En este sentido, y como quiera que el demandante adquirió su estatus pensional mientras ejercía en comisión de servicios un cargo administrativo

<sup>67</sup> Dictada por la Sección Segunda - Subsección A de la Corporación, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

-no docente-, no es procedente liquidar la pensión con base en lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, sino que el año a tener en cuenta para liquidar la pensión debe ser el último en el que ejerció la profesión docente, que correspondería al comprendido entre el 17 de mayo de 2003 y el 16 de mayo de 2004, pues a partir del día siguiente de la última fecha inició la comisión de servicios que se extendió hasta el 31 de octubre de 2008.

Expuesto todo lo anterior, el demandante adquirió el status pensional el 21 de septiembre de 2007, pero tiene derecho a percibir la prestación desde el 1° de noviembre de 2008, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el año comprendido entre el 17 de mayo de 2003 y el 16 de mayo de 2004.

En cuanto a los factores a incluir en la base de liquidación, se tiene que deben ser la asignación básica y la prima de vacaciones, tal como fue reconocido por el FOMAG en la Resolución 899 del 2 de agosto de 2017<sup>68</sup>.

#### **5.7.4. INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL**

Teniendo en cuenta que el año que se tomará para liquidar la pensión del demandante es el comprendido entre el 17 de mayo de 2003 y el 16 de mayo de 2004, pero la pensión será efectiva a partir del 1° de noviembre de 2008, y atendiendo que en la demanda se solicita el pago actualizado de los valores a favor, la Sala considera que en el presente caso procede ordenar la indexación de la primera mesada pensional del demandante.

Por ser un aspecto pacífico en la jurisprudencia H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, resulta preciso hacer referencia a lo que la primera estas Corporaciones ha indicado al respecto, entre otras, en la sentencia SU-069 de 2018<sup>69</sup>:

<sup>68</sup> Fls. 246 y 247 del cuaderno principal.

<sup>69</sup> M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Véase también la sentencia SU-168 de 2017.

39. La indexación es un "sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc."<sup>70</sup>.

En torno al origen de la medida, la jurisprudencia constitucional<sup>71</sup> ha sostenido que el derecho a la indexación o corrección monetaria proviene de varias normas constitucionales y la interpretación de algunos principios y derechos fundamentales contenidos en la Carta. Así, se señala el artículo 53 de la Constitución porque consagra "la remuneración mínima, vital y móvil" (...) El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales" y el 48 al disponer que "La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante". En cuanto a los principios se mencionan: el *in dubio pro operario*, el Estado social de derecho, igualdad y mínimo vital (arts. 1º, 13, 46 y 53 C. Política).

Y si bien el artículo 48 de la Carta fue complementado con el Acto Legislativo 01 de 2005 que en el artículo 1º introdujo el deber del Estado de garantizar "la sostenibilidad financiera del sistema pensional", no por ello se desfigura la disposición que impone al Legislador la obligación de determinar los mecanismos a través de los cuales se mantenga el poder adquisitivo del capital destinado a pensiones.

(...)

40. Esta Corporación ha mantenido una línea consistente en torno a la protección del derecho a la corrección monetaria o indexación de la primera mesada pensional. Por ejemplo, en sentencia **SU-120 de 2003** recogió la jurisprudencia de las diversas Salas de Revisión y unificó la posición sobre la procedencia de la indexación pensional a través de la acción de tutela.

En esta sentencia se analizaron los casos de 3 exempleados bancarios, 2 de ellos cumplieron la edad en vigencia de la Constitución de 1991 y el otro antes de ésta. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al cambiar su jurisprudencia, les negó el derecho a la indexación al considerar que en torno al ingreso base de liquidación de quienes cumplieran el requisito de tiempo laborado para la pensión, conforme con el numeral 2º del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no tenían la edad requerida, existía un vacío normativo, el cual debía resolverse mediante la aplicación del principio *in dubio pro operario* (arts. 53 y 230 de la C.P.), de forzosa observancia por los jueces al momento de solucionar los conflictos laborales no contemplados expresamente en la ley.

En ese orden, se determinó que en presencia de dos normas o interpretaciones sobre una misma disposición, ha de preferirse la que más beneficia al trabajador, puesto que ello deviene del equilibrio que debe orientar todas las relaciones de trabajo. Por tanto, el juez debe cotejar la situación especial de quienes aspiran a pensionarse en esas circunstancias y "remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el

<sup>70</sup> Jiménez Díaz, Ernesto. "La indexación en los conflictos laborales", Revista de Derecho Social, No. 32, diciembre de 1991, p. 25, citado en sentencia T-255 de 2013 (Referencia del fallo en cita).

<sup>71</sup> Sentencias SU-120 de 2003, T-469 de 2005, C-862 de 2006 y C-891A de 2006, entre otras (Referencia del fallo en cita).

legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política".

De igual manera, se consideró que el derecho procedía cuando "el valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador", por tanto, "los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (...) logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer **vigilante de los derechos de los pensionados, sin distingo de su capacidad económica**, debido a que integran uno de los grupos sometidos a su especial protección"<sup>72</sup>.

(...)

Fue entonces a partir de la sentencia de unificación **SU-1073 de 2012** que el Pleno de la Corte recogió los diversos argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y **unificó su jurisprudencia en torno a que la indexación de la primera mesada pensional es un derecho de todos los pensionados**. Las razones determinantes de la unificación a través de la citada providencia, se sintetizan así:

(i) La posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre 1982 y 1999 estuvo orientada a garantizar la indexación de la primera mesada pensional, fundamentada en los principios del derecho al trabajo, la equidad y la justicia. Esa situación, sin duda, significa que desde antes de que la Carta de 1991 constitucionalizara la indexación - arts. 48 y 53- ya la doctrina de la Corte Suprema de Justicia aceptaba el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones como un derecho de los pensionados.

(ii) Resaltó la Sala Plena que del análisis sistemático de los mandatos contenidos en el Preámbulo de la Carta, como el deber del Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones (artículo 53 C.P.), de los principios *in dubio pro operario* (art. 48), la protección especial a las personas de la tercera edad (art. 46), el derecho a la igualdad (art. 13), el Estado social de derecho (art. 1º) y al mínimo vital, existe "**un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional**". De acuerdo con lo expuesto: "El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones, por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente"<sup>73</sup>.

(...)

42. En suma, tanto las Salas de Revisión como el Pleno de la Corte Constitucional, de manera pacífica han reiterado el precedente sobre el carácter fundamental y universal de la indexación de la primera mesada pensional, por tanto, procede para todas las pensiones sin distinción alguna por su naturaleza o la época en que fue reconocida.

<sup>72</sup> Posición reiterada en sentencia T-621 de 2016 (Referencia del fallo en cita).

<sup>73</sup> Sentencia T-01 de 1999 (Referencia del fallo en cita).

Por su parte, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 18 de julio de 2019<sup>74</sup>, No. de radicado 2014-00014, indicó lo siguiente frente a la procedencia de la indexación y la fórmula que ha de aplicarse para efectuarla:

(...) [L]a Sala reitera en esta oportunidad la tesis constante de la jurisprudencia, para decir, que ante la existencia de un vacío normativo frente a la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y las consecuencias negativas que esto genera, esto es, el hecho de que un servidor tenga que percibir al momento de pensionarse una suma de dinero devaluada que no guarde una equivalencia o correspondencia con el valor real del salario que devengada cuando prestaba sus servicios, resulta pertinente y necesario, que se realice el reajuste del ingreso base de liquidación en atención al carácter especialísimo de que goza una prestación pensional y al principio de equidad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

#### **Fórmula aritmética aplicable para ajustar la primera mesada pensional**

El artículo 178 del Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984, estableció la actualización de la condena impuesta a través de una sentencia judicial<sup>75</sup>, en los siguientes términos:

*"Artículo 178. Ajuste de valor. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base **el índice de precios al consumidor, o al por mayor**" (Resaltado por la Sala).*

De acuerdo con la anterior disposición, el Consejo de Estado ha aplicado la fórmula para la indexación de las mesadas pensionales en virtud del índice de precios al consumidor.

Igualmente la Corte Constitucional en Sentencia de SU-1073 de 2012<sup>76</sup>, unificó su criterio en cuanto a la fórmula que debía aplicarse en asuntos en los que se indexa la primera mesada pensional, así:

*"(...) [D]e conformidad con la fórmula establecida en la Sentencia T-098 de 2005. Cabe señalar que esta fórmula ha sido aceptada recientemente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>77</sup>.*

*"La fórmula establecida en la sentencia T-098 de 2005 es la siguiente:*

*"5. Fórmula que deberá aplicar el Citibank para efectuar la indexación de la primera mesada pensional del actor.*

**"El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:**

**"R = Rh índice final**

<sup>74</sup> Proferida por la Sección Segunda – Subsección 'B' de la Alta Corporación, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

<sup>75</sup> En vigencia de la Ley 1437 de 2011, el artículo 187 prevé la actualización de las condenas impuestas a través de una sentencia (Referencia del fallo en cita).

<sup>76</sup> Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sentencia del 12 de diciembre de 2012, Radicación número: T-2.707.711 (Referencia del fallo en cita).

<sup>77</sup> Ver sentencias T-855 de 2008 y T-1136 de 2008 (Referencia del fallo en cita).

### Índice inicial

**"Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974<sup>78</sup>.**

(...)" (Resaltado por la Sala).

Asimismo, la Sección Segunda en un caso en el que se discutía cuál era la fórmula aplicable para efectos de la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que:

"(...) Lo señalado en la providencia anterior cuya parte pertinente se transcribió se concreta en la siguiente fórmula:

$$VP = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

"Donde VP es el valor presente que se busca; Vh es el valor histórico, para el presente caso sería la mesada pensional reconocida; el Índice Final (sic) es el que certifique el DANE a la fecha de hacerse exigible la obligación y el Índice final es el vigente y certificado por la misma entidad a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

(...)

"En este orden de ideas y teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia el problema jurídico planteado en relación con determinar cuál es la fórmula aplicable para la indexación de la primera mesada pensional, se resuelve en el sentido de precisar que no puede ser otra que la adoptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado dado la especialidad de la misma y porque fue desarrollada teniendo como sustento legal lo previsto por el artículo 178 del Decreto 01 de 1984 hoy en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y que se ha dejado planteada en el cuerpo de la providencia. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que es objeto de impugnación en este aspecto (...)"<sup>79</sup>.

Conforme a lo anterior, la indexación de la primera mesada pensional procede por razones de equidad y justicia, y en atención a los principios establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política, pues constituye un hecho notorio que el valor real de los emolumentos percibidos con una anterioridad ostensible a la fecha en que la persona adquirió su status pensional se encuentran devaluados a la hora de liquidar las respectivas mesadas, lo que es una carga que en virtud de los principios referidos la misma no está en el deber de asumir.

<sup>78</sup> Sobre esta fecha se precisa que, es la correspondiente a la del momento en la que el actor de la acción de tutela en conocimiento de la Corte Constitucional, se retiró del servicio (Referencia del fallo en cita).

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Velez, Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00404-01(0432-14), Actor: Carlos Manuel Rodríguez Rodríguez, Demandado: Ministerio de Transporte (Referencia del fallo en cita).

En ese sentido, y por las razones aducidas en el primer párrafo de este ítem de la providencia, se ordenará al FOMAG indexar la primera mesada pensional del demandante debido a que del 16 de mayo de 2004 al 1º de noviembre de 2008 la base de liquidación de la pensión perdió poder adquisitivo.

### **5.8. DECISIÓN**

Conforme con lo resuelto en los acápites anteriores, se encuentra que los actos acusados están viciados de nulidad, pues fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, y en ese sentido debe ordenarse al FOMAG reconocer y pagar a favor del demandante una pensión de jubilación a partir del 1º de noviembre de 2008, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el año comprendido entre el 17 de mayo de 2003 y el 16 de mayo de 2004, con la inclusión de los factores de asignación básica y la prima de vacaciones.

Así mismo, se deberá tener en cuenta que no aplica la prerrogativa para devengar simultáneamente sueldo y pensión por los tiempos que el demandante haya laborado en cargos de carácter administrativo o que no correspondan al ejercicio de la profesión docente, inclusive los que sean adicionales y posteriores al periodo de comisión de servicios laborado del 2004 al 2008.

Adicionalmente, se ordenará al FOMAG indexar la primera mesada pensional del demandante en los términos anotados en el acápite anterior, teniendo en cuenta que para esta operación como índice inicial e índice final se toma el índice del mes de diciembre del respectivo año anterior, es decir, el IPC vigente para el año 2008 fue el reportado a diciembre del año de 2007, mientras que el del año 2004 es el reportado para diciembre de 2003.

Ahora, se dispondrá que las sumas que por concepto de mesadas pensionales y diferencias adeudadas le corresponda pagar al FOMAG con la decisión adoptada en esta sentencia se actualicen de acuerdo con lo previsto en el art. 178 del C.C.A., conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

En dicha fórmula, el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente en el mes de la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente en el mes de la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se precisa que frente al término de prescripción, se encuentra que el demandante adquirió su *status pensional* el 21 de septiembre de 2007 y que solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión el 27 de octubre de 2010.

Así, como quiera que la pensión se pagará con efectos fiscales desde el 1° de noviembre de 2008, es claro que a la fecha de presentación de la solicitud en sede administrativa no transcurrieron 3 años, motivo por el cual no se configuró en el caso la excepción de prescripción planteada por el FOMAG y COLPENSIONES.

Ahora bien, y tal como se indicó en el ítem 5.2.4 de esta sentencia, se dispondrá declarar de oficio la configuración parcial de la excepción de pago en el caso, y se dispondrá que el FOMAG descuenta de las sumas que deba pagar por orden de esta providencia lo que ha sido cancelado en virtud de la Resolución 899 del 2 de agosto de 2017.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLÁRANSE** configuradas de oficio las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE FACATATIVÁ y parcialmente la de pago, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRANSE** no configuradas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción formuladas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, y la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial planteada por la primera.

**TERCERO: DECLÁRASE** la nulidad de las resoluciones No. 287 y 339 del 16 de mayo y 21 de junio de 2011, expedidas por el FOMAG, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

**CUARTO: ORDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocer y pagar al sr. HENRY SARABIA GARAVITO una pensión de jubilación a partir del 21 de septiembre de 2007, pero con efectos fiscales desde el 1° de noviembre de 2008, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el año comprendido entre el 17 de mayo de 2003 y el 16 de mayo de 2004, con la inclusión de los factores de asignación básica y prima de vacaciones.

**QUINTO: ORDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO indexar la primera mesada pensional del demandante de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

**SEXTO: ORDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar al demandante de forma simultánea su salario y la pensión de jubilación únicamente en los tiempos que el mismo labora en ejercicio de la profesión

docente, y mientras subsista el vínculo laboral como docente oficial afiliado al FOMAG.

En este sentido, no procede tal reconocimiento en los tiempos que el demandante haya laborado o labore en cargos de carácter administrativo o que no correspondan al ejercicio de la profesión docente.

**SÉPTIMO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO:** La entidad demandada deberá cancelar las mesadas pensionales y diferencias ya causadas de forma actualizada, conforme lo dispone el art. 178 del CCA, teniendo en cuenta la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia, y descontará lo cancelado en virtud de la Resolución 899 del 2 de agosto de 2017.

**NOVENO:** Sin costas en la instancia.

**DÉCIMO:** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los arts. 176 y 177 del CCA.

**UNDÉCIMO: LIQUÍDENSE** los gastos ordinarios del proceso, y si hubiere remanentes **DEVUÉLVANSE** a la parte actora.

**DUODÉCIMO:** Ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente del proceso, previas las anotaciones secretariales correspondientes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha)

  
**BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS**  
 Magistrada

  
**PATRICIA SALAMANCA GALLO**  
 Magistrada

  
**LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**  
 Magistrado

JUL 15 20 PM 4:50

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA (2)  
CONSTANCIA DE FIJACIÓN  
EDICTO # SF-04

Bogotá, D.C. 23 JUL 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor *[Signature]*