



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

Popayán, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-33-33-009-2016-00113-01**  
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
ACTOR: **FELISA ROMERO MONTAÑO**  
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FOMAG**

**SENTENCIA No. 059**

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la Sentencia No. 113 de 05 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES.**

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

La señora FELISA ROMERO MONTAÑO, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando se declare la nulidad de la Resolución No. 0353 de 28 de marzo de 2008.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reajuste de la pensión de jubilación reconocida, teniendo como base para su liquidación, el promedio mensual devengado en el último año de prestación de servicios, incluyendo todos los factores salariales.

**1.1.1.- Hechos.**

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

Que nació el 07 de mayo de 1952 y prestó sus servicios en el sector de la educación en el municipio de Guapi. Que cumplió los requisitos legales para hacerse acreedora a una pensión de vejez el 07 de mayo de 2007.

Que, a través de la resolución demandada, le fue reconocida la prestación, teniendo en cuenta únicamente la asignación básica, por lo que, aduce, resulta procedente el reajuste deprecado.

---

<sup>1</sup> Folio 12-25 C. Ppal.

## **1.2.- La oposición.**

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

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto consideró que el acto administrativo demandado se ajusta a Derecho.

Como argumentos de defensa, refiere que la parte actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión, en tanto aquella se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003; por lo tanto, únicamente deben ser tenidos en cuenta los factores que sirvieron de base para los aportes durante el último año de prestación del servicio.

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

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

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

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

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

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia de 05 de octubre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Falló:

*PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo expuesto.*

*SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución 353 del 28 de marzo de 2008, “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación” a la señora FELISA ROMERO MONTAÑO, en cuanto no liquidaron la prestación en forma correcta, según lo expuesto.*

*TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a FELISA ROMERO MONTAÑO, teniendo en*

---

<sup>2</sup> Folio 45-48 C. Ppal.

<sup>3</sup> Folio 110-111 C. Ppal.

*cuenta el 75% del salario promedio devengado durante el año de servicio anterior a la fecha de causación del derecho, incluyendo todos los factores salariales devengados.*

*No tendrá en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional de la señora FELISA ROMERO MONTAÑO el auxilio de movilización, por las razones expuestas.*

*Las primas se tomarán en una doceava parte.*

*Los valores resultantes serán indexados con base en el IPC conforme al artículo 187 del CPACA, siguiendo la fórmula descrita en la parte motiva de esta providencia.*

*La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO descontará de las anteriores sumas, el valor de los aportes correspondientes al factor salarial cuya inclusión se ordena; siempre y cuando sobre éste (sic) no se haya efectuado deducción legal.*

*Sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a la parte demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.*

*CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, según lo expuesto.*

*Las diferencias de las mesadas pensionales anteriores al 16 de noviembre de 2013 se encuentran prescritas. (...)<sup>4</sup>*

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

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

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

Sostuvo que el Decreto 2341 de 2003 reglamentario de la referida ley, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al FOMAG es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, que se contraen a la asignación básica mensual, gastos de representación, las primas técnicas, ascensional, antigüedad y capacitación cuando sean factor de salario, dominicales y festivos, trabajo suplementario o de horas extras o en horario nocturno, y la bonificación por servicios prestados.

Igualmente, que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 a cargo del citado Fondo, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizan los aportes del docente.

Manifestó que al haber adquirido el estatus de pensionado con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, y sus decretos reglamentarios, no se pueden

<sup>4</sup> Folio 75 y 77 C. Ppal.

<sup>5</sup> Folio 78-80 C. Ppal.

considerar las primas de navidad, vacaciones y alimentación como factores base de liquidación para determinar la cuantía de la pensión, porque no se encuentran en la lista taxativa establecida en estas normas como base de cotización.

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

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

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

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

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

Por auto del 15 de enero de 2018, se admitió la alzada<sup>6</sup>. A través de auto de 23 de enero de 2018 se corrió traslado para alegar.<sup>7</sup>

El **FOMAG** reprodujo nuevamente los argumentos de apelación.<sup>8</sup>

Ni la **parte demandante** ni la **representante del Ministerio Público** se pronunciaron en esta fase procesal.

## **II. CONSIDERACIONES.**

### **2.1.- Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con la previsión del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de decisión, al actuar como Juez de segunda instancia, se limitará a los cargos formulados en la apelación, de conformidad con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso

### **2.2.- Caducidad.**

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el literal c) del numeral primero del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

---

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

<sup>7</sup> Folio 9 ibídem

<sup>8</sup> Folio 15-17 ibídem

### 2.3.- El problema jurídico.

Le corresponde a esta Corporación determinar si debe ser revocado el fallo de instancia, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para resolver el caso concreto se hará referencia al marco legal y jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia y luego se analizará el caso concreto.

### 2.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

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

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

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

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

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

*(...)”.*

Ahora bien, la norma vigente al momento que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989<sup>9</sup>, corresponde a la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1º, se señalan los requisitos para que los empleados oficiales puedan acceder a la pensión, así:

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

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

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

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica;*

<sup>9</sup> Ley 91 de 1989 del 29 de diciembre de 1989, Artículo 17. “Esta Ley regirá desde su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.

*dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

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

En tratándose de docentes, esta Colegiatura había indicado que la Ley 33 de 1985, se aplica de manera directa, en tanto este sector se encuentra excluido de la Ley 100 de 1993, conforme el artículo 279 *ibídem*, y por tanto, de la transición ahí dispuesta. Ahora bien, se había señalado que la aplicación de la Ley 812 de 2003, se circunscribía a aquellos docentes que se **vincularan** en vigencia de esta norma.

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

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

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

Señaló inicialmente la Alta Corporación, que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no constituye precedente respecto del sector docente ante la ausencia de similitud fáctica y por tratarse de problemas jurídicos distintos a los del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Empero, indicó que en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, el cual tuvo en cuenta como criterio de interpretación para resolver el cuestionamiento ahí planteado.

Además, realizó las siguientes precisiones:

*“35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:*

- ✓ **Los docentes** afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están **exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**<sup>10</sup>, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

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

- ✓ *Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.*
- ✓ *El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.*
- ✓ *De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”<sup>11</sup>.*

---

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

<sup>11</sup> Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que:

“ [...] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal *“son empleados oficiales de régimen especial”*; según las previsiones del mismo, **la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutaban de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial** (Resaltado fuera de texto).

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993<sup>11</sup> dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de

- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003<sup>12</sup>, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres<sup>13</sup>.*

De igual manera, distinguió entre los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 y con posterioridad a la vigencia de esta norma, así:

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

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

Para el primer grupo, concluyó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se regirían por las siguientes reglas:

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

Y frente al segundo grupo, finalmente señaló que a ellos, le eran aplicables las previsiones de la Ley 100 de 1993, por encontrarse inmersos en el régimen de prima media con prestación definida.

---

continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

<sup>12</sup> Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

<sup>13</sup> La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso:

*“El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren **vinculados** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres «...»”.*



Finalmente, estableció las siguientes reglas de unificación:

*“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:*

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

*b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.*

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

## **2.5. Caso concreto.**

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

La Juez de conocimiento accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando reliquidar la prestación incorporando todos los factores de salario que el demandante percibió durante dicho lapso, con excepción del auxilio de movilización.

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

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

- Mediante Resolución No. 0353 de 28 de marzo de 2008, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Felisa Romero Montaña, incluyendo en la base pensional la asignación básica<sup>14</sup>.
- Según se lee del acto de reconocimiento, la demandante nació el 07 de mayo de 1952 y adquirió el estatus el 05 de mayo de 2007.
- Ingresó a la labor docente el 21 de febrero de 1977<sup>15</sup>, sin que exista prueba que dé cuenta que se haya retirado del servicio.
- Durante el año anterior a la adquisición del estatus, devengó asignación básica, prima de alimentación, auxilio de movilización, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad<sup>16</sup>.

En este punto y atendiendo las razones que rodean la controversia puesta en consideración de esta Colegiatura, se precisa con fundamento en la normatividad traída a colación en esta oportunidad y el precedente jurisprudencial de 25 de abril de 2019, el régimen jurídico aplicable al caso de la pensionada es el consagrado en la Ley 33 de 1985, por haberse vinculado antes de la Ley 812 de 2003.

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

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

## **2.6. Costas.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.

El artículo 365 de esa codificación dispone lo siguiente:

*“CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*(...)*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...).”*

Pese a que se cumplen las previsiones del artículo reseñado, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en consideración a que la demanda se presentó previo al cambio jurisprudencial enunciado e invocado por la actora, en

---

<sup>14</sup> Folio 4-6 C. Ppal.

<sup>15</sup> Folio 7 C. Ppal.

<sup>16</sup> Folio 8 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00113-01  
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
ACTOR: FELISA ROMERO MONTAÑO  
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG

virtud del cual las pretensiones contaban con un eventual margen de vocación de prosperidad.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia No. 113 de 5 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas, según lo expuesto.

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

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

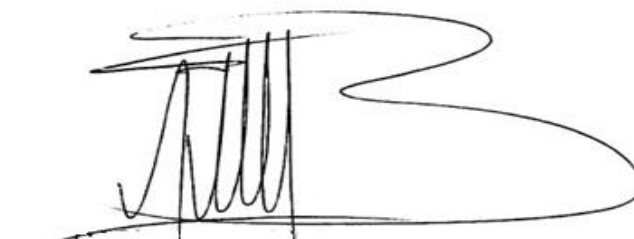
Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

  
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

  
JAIRO RESTREPO CÁCERES

  
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ