



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2017-00228-01
DEMANDANTE: NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO “FOMAG”
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”**, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 01607 de 29 de diciembre de 2014; en consecuencia, solicita la accionante que se ordene a la entidad accionada, le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales a que

¹ Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

por ley tiene derecho, tales como: *prima de navidad, prima vacacional, prima semestral, sobresueldo, horas extras y demás conceptos dejados de cancelar y percibidos durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.*

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indicó la demandante NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA, que en calidad de docente le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 01607 de 29 de diciembre de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señaló, que al liquidársele su pensión, la entidad no incluyó los factores salariales que percibió durante el último año de servicio, anterior a la causación de su derecho, tales como: *prima de navidad, horas extras y demás emolumentos que habitualmente percibía, previo a la adquisición de su status.*

Como **soportes normativos³** de su pretensión, anotó los siguientes preceptos: artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 15 de la Ley 91 de 1989; Leyes 33 y 62 de 1985; artículo 4 de la Ley 4ª de 1976; artículo 9 de la Ley 71 de 1988; artículo 2 - literal a de la Ley 4ª de 1992.

En su **concepto de violación**, manifestó la accionante que al ser reconocida su pensión al tenor de la Ley 33 de 1985, se debieron tomar los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es, a más de la asignación básica, todos aquellos que constituyen salario y que corresponden a las sumas que habitual o periódicamente, recibía como retribución de sus servicios.

² Folios 2 – 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folio 3 – 6 del cuaderno de primera instancia.

Adujo, que el contenido del acto acusado no era coherente con el tenor literal del artículo 4 de la Ley 4ª de 1976, que preveía que las pensiones de jubilación se liquidarían y pagarían tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio.

Así mismo, señaló que el acto administrativo demandado excluía conceptos, que eran inherentes a la prestación principal, toda vez, que solo se tuvo en cuenta en la elaboración de dicho acto, la simple asignación (sic), desconociéndose los demás conceptos constitutivos de factor salarial.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

-. La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a sus pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad. Afirma, que los actos demandados se encontraban acogidos por la presunción de legalidad y la parte actora, no acreditó que estos hubiesen sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

Frente a los hechos, señaló, que el primero parecía cierto y respecto de los demás, que se atenía a lo que se demostrara en el transcurso del proceso.

En su defensa expuso, que la pretensión de la accionante no se ajustaba a derecho, toda vez que no era viable que se le ajustara su pensión con la inclusión de todos los factores salariales, sobre los cuales no había cotizado durante el año anterior a alcanzar su status de pensión.

Anotó, con base en el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de General de Pensiones, que en el evento de ser condenada la entidad, se determinara la actualización a valor presente (cálculo actuarial), del pago

⁴ Folios 36 – 48 del cuaderno de primera instancia.

que debía realizar el docente por los factores sobre los cuales, nunca efectuó cotización durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Concejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2015, No. interno: 2328-2013⁵.

Propuso las excepciones denominadas: ineptitud de la demanda; no agotamiento de la vía gubernativa; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción, falta de legitimidad en la causa por pasiva; compensación; y la genérica.

1.4. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de julio 30 de 2018, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación.

A su vez, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 1607 del 29 de diciembre de 2014 y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, a reliquidar la pensión vitalicia de jubilación que le reconoció a la señora NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA, con la inclusión del factor salarial *prima de navidad*; la cual deberá ser reajustada anualmente conforme al IPC, a partir de la causación del derecho.

Así mismo, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante, las diferencias surgidas luego del reajuste ordenado, en las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que se concedió la pensión de jubilación.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo, que la prestación económica del actor se liquidó sin incluir todos los factores salariales

⁵ C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Folios 67 - 75 del cuaderno de primera instancia.

devengados por él, pues, solo se tuvo en cuenta la asignación básica, promedio de horas extras y prima de vacaciones, aun cuando para el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, devengó además de los mencionados factores salariales, la prima de navidad.

Así, expuso, que conforme al marco normativo y jurisprudencial expuesto, le asistía razón a la parte actora, en la medida en que la entidad demandada omitió, a través de los actos acusados, la liquidación de la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, razón por la cual, las súplicas de la demanda estaban llamadas a ser acogidas.

Frente a la excepción de prescripción, anotó, que al actor se le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución No. 1607 del 29 de diciembre de 2014, efectiva a partir del 25 de agosto de 2014; y presentó la demanda de reliquidación el 29 de agosto de 2017, esto es, dentro del término oportuno para ello, por lo que no había lugar a declarar la prescripción de las mesadas.

1.5.- El recurso⁷.

Inconforme con la anterior decisión, el **Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, la apeló con el fin que fuera revocada en esta instancia, toda vez, que no era viable la reliquidación pensional ordenada, pues, no se tenía en cuenta el ordenamiento jurídico en su integralidad.

Cita al efecto, una serie de normas que en su criterio, permiten afirmar que el reajuste pensional pedido no es procedente, toda vez que, normativamente no es permitido y más aún, su pago no fue atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concretamente, en este aspecto, señala que el Fondo, no puede pagar como factor salarial

⁷ Folios 80 - 89 del cuaderno de primera instancia.

para efectos de pensión, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Otro tanto, dijo, aplica para la prima de servicios.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 19 de diciembre de 2018⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

-. En proveído de 12 de abril de 2019⁹, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

-. La **parte demandante**¹⁰, alegó en esta instancia procesal, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, reiterando que tiene derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicio, conforme lo dispuesto en las normas que regulan la materia.

-. La **parte demandada** no alegó en esta instancia procesal y el **Agente del Ministerio Público**, no emitió concepto en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 12 del cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta, estrictamente, al tratarse de recurrente único, los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar: ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, previo a la adquisición del status de pensionada?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. La pensión de jubilación dentro del régimen aplicable al magisterio.

En materia de seguridad social, el régimen aplicable para los maestros y docentes del sector público, es el régimen del magisterio regulado en las leyes 50 de 1886 (artículos 12 y 13), 114 de 1913, 42 de 1933, 33 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993, 115 de 1994 y 812 de 2003.

Al efecto, la Ley 50 de 1886, fue una de las primeras que fijó reglas sobre el tema de la jubilación y la concesión de pensiones, específicamente se estableció allí, lo siguiente:

“Artículo 12°.- *Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado (20 años)”*.

“Artículo 13°.- *Las tareas de Magisterio privado quedan asimilados a los servicios prestados a la Instrucción pública y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior”*.

Posteriormente, la Ley 114 de 1913 indicó, que los maestros de escuelas primarias oficiales que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia.

De estas dos normas, principalmente de los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, se deriva, que desde dicho año, todas aquellas personas que se

dedican a la actividad de la docencia, tienen derecho a una pensión de jubilación, si han realizado la actividad mencionada por más de 20 años.

Esta Ley creó la pensión de jubilación para los maestros de escuela y estableció, que todos los maestros que hubieran prestado sus servicios por no menos de veinte años (1000 semanas), tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia, equivalente a la mitad del sueldo que hubiesen devengado durante los últimos dos años de servicio, siempre y cuando hubieran cumplido cincuenta años de edad.

Vale la pena mencionar, además, que la Ley 6 de 1945 estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares como para los empleados públicos¹¹; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y estableció dos grandes vertientes, la de los particulares y la del sector oficial. Su artículo 14 establece lo siguiente:

“Artículo 14.- La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho

¹¹ RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Esta primera etapa de la seguridad social en Colombia, fue conocida como “*de prestaciones patronales y seguros sociales diversificados*”. En este período, el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945, establecieron los beneficios de la seguridad social, como prestaciones sociales a cargo del empleador y separaron el sistema prestacional de los sectores público y privado. Para el sector privado se indicó, que las prestaciones sociales a cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social¹².

La Ley 33 de 1985, establecía como requisitos para que los maestros del sector oficial obtuvieran la pensión de vejez, que tuvieran más de 55 años de edad y 20 años de servicios como docentes en el sector público.

La ley 91 de 1989 establece, que se denominará personal nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y personal nacionalizado, a aquellos vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1967 y a los vinculados a partir de la vigencia de la mencionada ley, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Se indica que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, que se causen a partir de la vigencia de la ley, son de cargo de la Nación y deben ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que las Entidades Territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, tendrán que pagarle al Fondo, las sumas que adeuden a dicho personal, hasta la fecha de promulgación de la ley en comento, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

¹² ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

Se establece además, que a partir de la vigencia de la ley, los docentes nacionalizados que figuren vinculados como tal, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 establece, que el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional. En su artículo 15 indica, que la mencionada ley opera respecto de todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, de las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, respecto de los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas, sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El artículo 17 establece, que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. El artículo 22 indica, que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, para lo cual debe descontar del salario de cada afiliado, el monto de las cotizaciones. En todo caso, el empleador deberá responder por la totalidad del aporte, aún en el evento de que no hubiere efectuado los descuentos.

Por su parte, el artículo 31, establece el régimen de prima media, definido como aquel mediante el cual, los afiliados obtienen su pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva. Los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, están consagrados en el artículo 33 y son los siguientes:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Para el cómputo de las semanas a que se refiere el segundo numeral, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a la vigencia de la mencionada ley.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado, que antes de la Ley 100 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece además, un régimen de transición según el cual, a partir de la entrada en vigencia de la misma y hasta el 31 de diciembre del año 2007, las mujeres que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad, los hombres que a la misma fecha tuviesen cuarenta o más años de edad o las personas que tuviesen 15 años o más de servicios cotizados, podrán pensionarse con la edad, el tiempo de servicios, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez,

establecidos en el régimen anterior a la Ley 100, al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en dicho artículo, se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior, al cual se encontraban afiliadas.

Por último, es importante mencionar que el artículo 37 establece, que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas.

Se debe mencionar además, en este marco normativo, la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 establece, que 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 vigor de la mencionada ley. Establece además, que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la 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.

Dejándose claridad, que en todo caso, a aquellos docentes que no resulta aplicable el contenido de la Ley 100 de 1993, lo es por exclusión expresa del art. 279 de la misma ley.

En síntesis, (i) para el caso de las personas que se rigen por el régimen del magisterio, las normas aplicables son aquellas que regían en cada entidad territorial a la vigencia de las leyes 114 de 1919, 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985 y 71 de 1988. Existe también, (ii) un régimen de transición que establece, que aquellos que queden cobijados por el mismo, se pensionarán a los 50

años de edad si tuvieran 15 años de servicio, tal y como lo establece el parágrafo 2 del art. 1° de la Ley 33 de 1985. Por su parte, los docentes hombres con vinculación nacional se pensionan con 55 años de edad, sin excepción.

Por otro lado, (iii) la Ley 812 de 2003, creó un nuevo régimen en materia pensional, según el cual, los docentes que se vinculen durante su vigencia, tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad que será la de 57 años para hombres y mujeres.

De ahí que, en casos como el tratado, cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo, era la Ley 33 de 1985, la cual era extensible a todos los servidores públicos de todos los niveles, que no se encontraran exceptuados de ella.

2.3.2. El régimen de los docentes, a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

El parágrafo transitorio primero del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa, expresamente, de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

“Parágrafo transitorio 1o. 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 ésta. 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.”

De la norma transcrita se desprende, que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003,

de suerte que los docentes que ingresaron al servicio, a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes, se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.

Estos dos regímenes, se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo No. 01 del 2005.

Al efecto, las iniciativas de reforma constitucional presentadas por el Gobierno Nacional, para adicionar el artículo 48 de la Carta con miras a garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, incluyeron las siguientes propuestas:

“Artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos al artículo 48 de la Constitución Política:

“... Salvo lo dispuesto en el último inciso del presente acto, no habrá regímenes pensionales especiales, ni exceptuados, con excepción del aplicable a la fuerza pública...”

“... La vigencia de los regímenes pensionales de transición, los especiales, los exceptuados así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las reglas generales de la Ley 100 de 1993 y sus reformas expirarán el 31 de diciembre del año 2007...””.

El Congreso de la República aprobó la iniciativa, prohibiendo los regímenes especiales y exceptuados, con excepción de la Fuerza Pública y el Presidente de la República, a partir de la vigencia de la reforma constitucional, pero consagrando, expresamente, tanto el respeto por los derechos adquiridos como varias disposiciones de transición, entre ellas, la extensión hasta el 31 de julio del año 2010, de los regímenes especiales, exceptuados o distintos del régimen general; y también adoptando una norma especial de transición para los docentes.

El acto legislativo en comento, entró a regir el 25 de julio del 2005, fecha que determina la supresión de los regímenes especiales y exceptuados y los

demás que sean distintos al sistema general, conforme lo regulan el inciso octavo y el párrafo segundo transitorio.

Para los docentes, el párrafo transitorio primero del artículo primero del Acto Legislativo No. 01 del 2005, elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos regímenes pensionales del artículo 81 de la ley 812 del 2003 y del mismo modo, esto es, también como norma constitucional, estableció la fecha a partir de la cual perderán su vigencia, puesto que en el párrafo transitorio segundo del artículo primero del Acto Legislativo, ordena que el 31 de julio del 2010 expirarán todos los regímenes que sean distintos al sistema general de pensiones.

Interesa en este punto, detenerse en la expresión *“sin perjuicio de los derechos adquiridos”*, para precisar, que si bien en materia pensional la tradición de nuestro ordenamiento jurídico ha sido la de configurar el derecho adquirido, cuando la persona reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en el régimen que le sea aplicable para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, que en el lenguaje de la reforma se denomina como *“causación del derecho”*, el Acto Legislativo No. 01 del 2005 es explícito en el punto, estatuyendo en el inciso tercero del artículo 1º, lo siguiente:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...”

La aplicación de este conjunto de disposiciones de rango constitucional a los docentes oficiales, deja sustentado que:

- a) En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;
- b) Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003, se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los

demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;

c) Los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 91 de 1989¹³ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

Luego, se trata de un régimen distinto al que regulan las reglas generales.

2.3.3. Liquidación de la pensión docente, bajo el régimen de la Ley 33 de 1985.

En cuanto a la base de liquidación, la Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3º, los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Frente a la enumeración efectuada en la Ley 33 de 1985, se precisa que anteriormente, por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación

¹³ "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 1o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:...

"2. Pensiones:

"A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

"B. Para los docentes vinculados a partir del 1o 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 y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), se consideró que el listado señalado en el artículo 3° de la Ley 62 de 1985, no era taxativo, sino meramente enunciativo, de modo que bajo dicho régimen eran integrantes de IBL, todos aquellos que remuneren los servicios prestados por el trabajador, siempre que fueran devengados habitual y periódicamente, también incluidas aquellas prestaciones sociales, a las que el legislador les haya dado la connotación de factor salarial para efectos pensionales, como las primas de navidad y de vacaciones.

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019¹⁴, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en la mesada pensional de los docentes afiliados al FOMAG**, así:

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

- ***En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 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.***

¹⁴ Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno: 0935-2017. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-. C.P. César Palomino Cortés.

1. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

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

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

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

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

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años

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

A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

6. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años¹⁵. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

7. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.

8. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
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.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993

¹⁵ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

<ul style="list-style-type: none"> • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%</u> ¹⁶ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
<p style="text-align: center;">Último año de servicio docente</p> <p>(literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° de la Ley 33 de 1985)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio <p style="text-align: center;">(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</p>	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p style="text-align: center;">(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna <p style="text-align: right;">(Decreto 1158 de 1994)</p>
	<p>De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>		

i. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

9. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

¹⁶ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

10. De acuerdo con el *parágrafo 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, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

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”.***

2.4.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. La señora NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA, nació el día 24 de agosto de 1959¹⁷.

-. La accionante ingresó al servicio público educativo, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 (13 de marzo de 1990, conforme se lee en el certificado de tiempo de servicio, visible a folio 11 del cuaderno de

¹⁷ Según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 13 del cuaderno de primera instancia.

primera instancia), razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

-. A través de Resolución No. 1607 del 29 de diciembre de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le reconoció a la señora NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA, una pensión vitalicia de jubilación como docente nacional, estableciendo su cuantía en la suma de \$2.125.144.00, efectiva a partir del 25 de agosto de 2014; tomando como base el 75% del promedio de factores salariales devengado en el último año de servicio anterior al status, con la inclusión de la *asignación básica mensual, promedio de horas extras y prima de vacaciones*¹⁸.

-. La señora NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA, devengó durante el último año de servicios previo a la adquisición del status de pensionada al retiro del servicio -27 de enero de 2015 - 27 de enero de 2016-, los siguientes factores salariales: *asignación básica mensual, bonificación mensual Decreto 1566 de 2014, horas extras, prima de servicio, prima vacacional docente y prima de navidad*¹⁹.

-. La demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad parcial de la resolución aludida, solicitando consecuentemente, la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

-. El A-quo, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la señora NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA, teniendo en cuenta el factor salarial de *prima de navidad*. Ello en atención a la posición que para la fecha y sobre la materia, mantenía el Consejo de Estado.

¹⁸ Folios 9 - 10 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Constancia de factores salariales visible a folio 12 del cuaderno de primera instancia.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y procesal, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **modificada**, en atención a las siguientes consideraciones:

En el presente asunto, la controversia radica en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida; siendo ello así, es menester acudir a la nueva regla jurisprudencial del Consejo de Estado que interpreta cuáles son los factores que se deben considerar para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así, se tiene que el Alto Tribunal, fijó la siguiente regla:

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

Y a su vez, precisa que los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

Este Tribunal acoge lo expuesto por el Consejo de Estado Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019, en la cual, se desvirtúa de manera clara y precisa, los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional, lo que a su vez implica, que se cierra

el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron considerados por la Alta Corporación, tal como quedó visto en el marco normativo indicado²⁰.

Ahora bien, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte que al ser la señora NURYS ESTHER MOLINA IMITOLA beneficiaria del régimen de transición, la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, debe ser coherente con la línea jurisprudencial esbozada, esto es, teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios previo a adquirir el *estatus* pensional, acogiendo los factores enlistados taxativamente en la Ley 62 de 1985.

En ese orden de ideas, la **prima de servicio y la prima de navidad**²¹, no se pueden tomar como factores de reliquidación pensional, toda vez que no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada - Ley 62 de 1985, haciéndose notar, que ya la prima de servicios, por razones distintas a la esbozada, había sido excluida por la primera instancia²².

Así las cosas, esta Sala concluye, que la decisión de primera instancia debe ser revocada en cuanto al factor que se ordenó incluir en la reliquidación pensional, conforme lo antes expuesto.

3. CONDENA EN COSTAS.

Siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, no hay lugar a condena en costas en segunda instancia, toda vez que el recurso prospera a favor de quien recurrió la decisión de primera instancia.

²⁰ Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de abril de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

²¹ Factor salarial de que fue reconocido por la primera instancia.

²² La primera instancia excluyó dicho factor, en atención a que por sentencia judicial emanada de este Tribunal, se había dispuesto la nulidad del acto de creación de la misma.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se dispone: “**NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en sede de segunda instancia, conforme lo anotado.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0135/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA