



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

---

Sincelejo, quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-002-2015-00162-01  
**DEMANDANTE:** BENJAMÍN SEGUNDO TOUS ESPAÑA  
**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 18 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

**BENJAMÍN SEGUNDO TOUS ESPAÑA**, 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**, con el fin que se declare la nulidad de los actos administrativos Nos. 985 del 26 de octubre de 2007 y 1323 del 27 de diciembre de 2013, expedidos por el ente demandado, por medio de los cuales, se reconoce y niega la solicitud de revisión de la liquidación de pensión de jubilación; en

---

<sup>1</sup> Folios 12 - 13 del cuaderno de primera instancia.

consecuencia solicita, se ordene a la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, devengados en el último año anterior a la adquisición de su status de pensionada, incluyendo la doceava de la prima de alimentación, prima de transporte, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad.

## **1.2.- Hechos<sup>2</sup>.**

**BENJAMÍN SEGUNDO TOUS ESPAÑA**, laboró al servicio de la educación oficial. Por haber reunido los requisitos legales, a través de Resolución N° 985 del 26 de octubre de 2007, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en nombre de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 2 de diciembre de 2006, pero, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año al que adquirió su status de pensionado, tales como: ***prima de alimentación, prima de transporte, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad.***

Mediante petición del 1° de octubre de 2013, la parte demandante solicitó a la entidad demandada, la inclusión de los factores salariales dejados de reconocer en su pensión de jubilación.

La Secretaría de Educación Departamental de Sucre, a través de la Resolución 1323 del 27 de diciembre de 2013, negando lo requerido.

Como **normas violadas** señaló el los arts. 2, 6, 13, 25, 53 y ss de la Carta Política; las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985, 62 de 1985, 60 de 1993, 100 de 1993, 115 de 1994, Código Sustantivo del Trabajo y Ley 1393 de 2010, toda vez que la liquidación de la base pensional, no tuvo en cuenta los factores salariales devengados en el último año, previo a adquirir el estatus pensional, pese a que la demandante se halla cobijada por el régimen pensional de la ley 33

---

<sup>2</sup> Folios 13 - 14 del cuaderno de primera instancia.

de 1985, esgrimiendo en consecuencia, como causal de anulación, la violación de la Ley.

### **1.3.- Contestación de la demanda:**

La entidad accionada, no contestó la demanda.

### **1.4. Sentencia impugnada<sup>3</sup>.**

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, a través de sentencia 18 de mayo de 2017, declaró la nulidad parcial de los actos acusados y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la **NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, reliquidar la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados el último año de servicios, previo a la adquisición del status pensional.

Para el efecto consideró, que se hallaba demostrado que el demandante prestó sus servicios de docente, en el nivel básico primario en el municipio de Santiago de Tolú, vinculado en propiedad como docente nacionalizado en forma continua desde el 5 de marzo de 1975 y hasta el primero de diciembre de 2006, es decir, por espacio de 31 años, 8 meses y 27 días.

De igual manera, que en tal razón, le fue reconocida pensión de jubilación a través de la Resolución No. 00985 del 26 de octubre de 2007, en la cual, a efectos de calcular el IBL se tomó como base de liquidación la asignación básica mensual solamente.

Precisó el A quo, que como la pensión de jubilación en referencia fue reconocida, entre otras disposiciones, conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, era necesario tener en cuenta para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62 del mismo año, en razón a que no podría escindirse la norma, para tomar lo que fuera más favorable de la otra ley.

---

<sup>3</sup> Folios 68 - 76 del cuaderno de primera instancia.

Además, como lo había reiterado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para la liquidación de la pensión de jubilación, por principio general, además de la asignación básica mensual, constituían factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibía el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

#### **1.5.- El recurso<sup>4</sup>.**

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 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 28 de agosto de 2017<sup>5</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Posteriormente, a través de providencia de 25 de septiembre de 2017<sup>6</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

---

<sup>4</sup> Folios 83 - 102, del cuaderno de primera instancia.

<sup>5</sup> Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>6</sup> Folio 10 del cuaderno de segunda instancia.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>7</sup>, solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se le exonerara de cualquier responsabilidad.

Luego de hacer un recuento normativo, reiteró que los factores salariales estaban expresamente delimitados y fuera de ellos, no existía la posibilidad de realizar el reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación del docente, con factores salariales, tales como: prima de alimentación, prima de navidad, prima de antigüedad, auxilio de transporte, prima vacacional departamental y prima de vacaciones.

Así mismo indicó, que de accederse a las peticiones de la demandante, conllevaría al Fondo a excederse en las atribuciones otorgadas por la Ley.

- La parte demandante y el señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal no emitieron pronunciamiento alguno.

## **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.

### **2.2. Problema Jurídico.**

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

---

<sup>7</sup> Folios 13 - 18 del cuaderno de segunda instancia.

¿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 servicios previo a adquirir el estatus pensional?

## **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, la Ley 6 de 1945 que estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares como para los empleados públicos<sup>8</sup>; 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 esté 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 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

---

<sup>8</sup> RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

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 social<sup>9</sup>.

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.

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.

---

<sup>9</sup> ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

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; (negrillas fuera del texto).

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 1º 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 vigencia 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.

**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 tuvieron 15 años de servicio, tal y como lo establece el parágrafo 2 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 párrafo transitorio primero del artículo 1º 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 1989<sup>10</sup> y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

---

<sup>10</sup> *“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:...*

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.

No obstante la enumeración efectuada en la Ley 33 de 1985, por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación 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 3º de la Ley 62 de 1985, no era taxativo, sino meramente enunciativo, de modo que bajo dicho régimen eran integrantes de ILB, 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

---

#### *"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."*

la connotación de factor salarial para efectos pensionales, como las primas de navidad y de vacaciones.

Sobre este punto, debe aclararse, que si bien se han proferido las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, a propósito de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de contera, se concluyó en tales decisiones, que el IBL prestacional en esos eventos no correspondía al del régimen anterior, lo cierto es, que en casos como el tratado, se da aplicación a la tesis del Consejo de Estado, en razón a que, por disposición constitucional (Acto Legislativo No. 01 de 2005) y legal (arts. 279 Ley 100 de 1993 y 81 Ley 812 de 2003), los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, están expresamente excluidos del sistema pensional creado en la Ley 100 de 1993 y por consiguiente, son beneficiarios de la Ley 33 de 1985, no en virtud del régimen de transición allí creado, sino por remisión directa.

Se diría en contra de lo afirmado, que la interpretación del art. 36 de la Ley 100 de 1993, efectuada por la Honorable Corte Constitucional al tratar el tema del abuso del derecho relacionado con la sostenibilidad fiscal, como trasfondo de su decisión, implicaría que finalmente, es el régimen general de pensiones el que define los factores que hacen parte del IBL; ad empero, ha de señalarse, además de lo ya dicho, que la preocupación de la Honorable Corte Constitucional, no implicó la discusión de los elementos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, no se llegaba al régimen anterior por transición de dicha norma, sino por exclusión expresa, tal y como se ha delineado en esta providencia.

#### **2.4.- Caso concreto.**

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

-. El señor BENJAMIN SEGUNDO TOUS ESPAÑA, nació el 1º de diciembre de 1951, tal y como lo acepta por la entidad demandada en la Resolución No.

00985 del 26 de octubre de 2007 y conforme a la copia de su cédula de ciudadanía<sup>11</sup>.

-. A través de Resolución No. 00985 del 26 de octubre de 2007, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, por intermedio de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le reconoció a la accionante pensión de jubilación, en cuantía de \$504.368.00 efectiva a partir del 2 de diciembre de 2006, tomando como base el 75% del salario promedio mensual devengado, con la inclusión solamente de la asignación básica<sup>12</sup>.

-. El señor BENJAMIN SEGUNDO TOUS ESPAÑA, devengó durante su último año de servicios previo a adquirir el estatus pensional -1º de diciembre de 2005 – 1º de diciembre de 2006- además del sueldo básico mensual, los siguientes factores salariales: **prima de alimentación, prima de transporte, prima de grado, prima vacacional docente y prima de navidad**<sup>13</sup>.

Ahora bien, como quiera que la controversia no radica en el reconocimiento pensional, en el análisis del IBL o la aplicación de algún régimen de transición, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester reiterar, como bien se deja sentado en apartes precedentes, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que le sean dadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala, que los actos administrativos demandados debían declararse nulos, toda vez que la

---

<sup>11</sup> Folios 2 y 11 del cuaderno primera instancia.

<sup>12</sup> Folios 2 – 3 del cuaderno de primera instancia.

<sup>13</sup> Constancia de factores salariales visible a folio 10 del cuaderno de primera instancia. Si bien el documento aparece en copia informal, la parte demandada, nunca se opuso a su contenido.

mesada pensional del accionante, fue liquidada solamente con la asignación básica, como factor salarial, debiéndose reconocer en el procedimiento liquidatario, las demás sumas de dinero que recibió como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicio previo a adquirir su estatus pensional (1º de diciembre de 2005 – 1º de diciembre de 2006), esto es, además de la asignación básica, la **prima de alimentación, prima de transporte, prima de grado, prima vacacional docente y prima de navidad.**

Así las cosas, verificado el caso puesto a consideración, la Sala entiende, que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, en razón a que, muy a pesar que la pensión de jubilación a la que tiene derecho el accionante, se efectuó bajo parámetros de la ley 33 de 1985, la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, no es la coherente con la normatividad y línea jurisprudencial esbozada.

### **3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA**

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandada y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

### **DECISIÓN**

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: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia, a la parte demandada. Su liquidación se hará de manera concentrada por el A quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 del C. G. del P., para ambas instancias.

**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. 0090/2018

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**