



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

---

Sincelejo, dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-006-2015-00118-1  
**DEMANDANTE:** OSIRIS OMAIRA OLAVE GUZMÁN  
**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 de fecha 10 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

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

La señora **OSIRIS OMAIRA OLAVE GUZMÁN**, 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. 0508 del 24 de noviembre de 2014, mediante la cual, se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

---

<sup>1</sup> Folio 10 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicita la demandante se declare que tiene derecho a que la entidad demandada, le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, a partir del día que cumplió su status de pensionada, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios, con todos los factores salariales acreditados.

Así mismo, solicita el demandante se condene a la entidad demandada a pagar el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de adquisición del status pensional.

Se condene a la entidad demandada, a que sobre las sumas adeudadas se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor; así como el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Por ultimo condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

## **1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:**

Indicó la parte actora, que cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para la pensión de jubilación, laborando al servicio de la educación oficial en el Municipio de Sincelejo, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que mediante solicitud 2014-PENS-015196 del 6 de agosto de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Afirmó, que la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 508 de 24 de noviembre de 2014, reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la accionante pero solamente con la asignación

---

<sup>2</sup> Folio 9 del cuaderno de primera instancia.

básica, prima de vacaciones, prima de navidad, desestimando los factores salariales de prima de antigüedad y prima de servicios.

Manifestó, que si en la Resolución referenciada, la demandada hubiese tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales acreditados, habría arrojado una cuantía pensional de \$2.568.230,75, o lo que se pruebe, a partir del 30 de julio de 2014.

Como **soportes normativos** de su pretensión, anotó preceptos de carácter constitucional, como los artículos 1º, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; y legal: artículo 15 numeral 1º Inciso 1º, y artículo 2 numeral 5º de la Ley 91 de 1989; artículo 7 del Decreto 2563 de 1990; artículo 3 del Decreto – Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 2 y artículo 12 de la ley 4ª de 1992; artículo 1 del Decreto Reglamentario 1440 del 1 de septiembre de 1992; artículo 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; ley 65 de 1946; artículo 4 de la Ley 4ª de 1966; artículo 5 del Decreto 1743 de 1996; artículo 1, Par. 2º de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; artículo 81 de la Ley 812 del 203.

En su **concepto de violación**, manifestó el actor, que el acto acusado desconocía las normas que le eran aplicables por haber sido docente, ya que desconocía todos los factores salariales devengados, en la liquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación; además, que se le daba un trato discriminatorio frente a los demás docentes oficiales, a quienes se les había reconocido la pensión con la inclusión de dichos factores.

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

- **La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**<sup>3</sup>, presentó escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea.

---

<sup>3</sup> Folios 45 - 59, del cuaderno de primera instancia.

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de agosto 10 de 2017, declaró la nulidad del acto acusado y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, a que reliquide la pensión vitalicia de jubilación que le reconoció a la señora OSIRIS OMAIRA OLAVE GUZMÁN. Así mismo, condenó a dicha entidad a pagarle a la demandante, el valor no pagado en las diferentes épocas.

Declaró no probada la excepción de prescripción extintiva del derecho de la demandante, a recibir el pago del reajuste de las mesadas.

Como fundamento de su decisión, estimó el A-quo, que la demandante tenía derecho a que se le incluyeran en el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación, todos los factores salariales que devengó en el año anterior a la fecha en que adquirió el derecho a la pensión, es decir, además de la asignación básica mensual, la prima de vacaciones y la prima de navidad, la prima de antigüedad, prima de servicio y lo devengado por horas extras.

En cuanto al fenómeno de la prescripción, precisó, que a la demandante se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución No. 508 del 24 de noviembre de 2014, por lo que a partir de la firmeza de dicho acto administrativo, nació su derecho a la reliquidación y empezó a correr el término de la prescripción, la cual se interrumpió el día 18 de junio de 2015 cuando presentó la demanda. Por consiguiente, en el presente caso no se extinguió la prescripción.

**1.5.- El recurso<sup>5</sup>.** Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada la apeló, a fin de que se revoque; y en caso contrario, se de aplicación al principio procesal de la *no reformatio in pejus* en lo que se

---

<sup>4</sup> Folios 84 - 92, cuaderno de primera instancia.

<sup>5</sup> Folios 99 - 119, del cuaderno de primera instancia

refiere a la deducción legal de aportes, ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia impugnada.

Sostuvo, que el fallo apelado no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley, que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante, toda vez, que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico en su integralidad.

Señaló, que las disposiciones normativas prestacionales, no creaban o extendían a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional.

Así mismo, anotó, que tanto la indexación como los intereses moratorios, no podían aplicarse discrecionalmente por la administración, ello solo se podía en cumplimiento de las decisiones judiciales que ordenaban actualizar los valores debidos.

#### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

Mediante auto de 13 de diciembre de 2017<sup>6</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

En proveído de 12 de febrero de 2018<sup>7</sup>, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo<sup>8</sup>.

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)<sup>9</sup> alegó en esta instancia procesal, reiterando que las prestaciones sobre las cuales realizaba aportes la docente como pensiones y auxilios, se liquidarían, únicamente, con la asignación básica mensual y el sobresueldo para los que

---

<sup>6</sup> Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>7</sup> Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folio 10, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folios 11 - 16, del cuaderno de primera instancia.

tuvieran derecho a él, siempre y cuando sobre ellos se realizaran los aportes a favor del fondo del magisterio.

Así entonces, reafirmó que los factores salariales estaban expresamente delimitados en las normas mencionadas y fuera de ellos, no existía la posibilidad de realizar el reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación de la 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. Por tanto, acceder a las pretensiones de la actora, conllevaría en el fondo excederse en las atribuciones otorgadas por la ley.

- La parte demandante no alegó en esta instancia procesal y el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto de fondo en esta instancia procesal.

## **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: ¿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 áreas 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 públicos<sup>10</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 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

---

<sup>10</sup> RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social<sup>11</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.

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

---

<sup>11</sup> ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

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; (negritas 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 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. 1º 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 comentario, 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>12</sup> y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

---

<sup>12</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:...

“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

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

---

*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."*

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 en las señaladas sentencias, 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 docente en los términos que se vienen tratando, pues, no se llega al régimen docente anterior por transición de dicha norma (art. 36 Ley 100 de 1993), sino por exclusión expresa (art. 279 *Ibíd*), 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:

-. La señora **OSIRIS OMAIRA OLAVE GUZMÁN**, nació el 29 de julio de 1959, conforme se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 2 del cuaderno de primera instancia.

-. La actora ingresó al servicio público educativo antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

-. A través de Resolución No. 0508 de 24 de noviembre de 2014, 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 \$2.262.254,00, efectiva a partir del 30 de julio de 2014, como docente nacionalizada, 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, prima de vacaciones y prima de navidad<sup>13</sup>.

-. La señora **OSIRIS OMAIRA OLAVE GUZMÁN**, devengó durante el año anterior al que adquirió su status pensional - *29 de julio de 2013 – 29 de julio de 2014*-, además del sueldo básico mensual, los siguientes factores salariales: ***prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y “costos de tiempos acumulados prima de antigüedad”***<sup>14</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.

---

<sup>13</sup> Folios 3 – 5 cuaderno de primera instancia.

<sup>14</sup> Constancia de factores salariales visible a folio 6 del cuaderno de primera instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que la mesada pensional de la señora Olave Guzmán, fue liquidada con la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad como factores salariales, sin la inclusión en el procedimiento liquidatorio de la prima de antigüedad y prima de servicio; factores que hoy se reclaman en sede judicial y que el A-quo ordenó fueran incluidos en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, además de lo devengado por horas extras.

Contrario a la anterior posición, esta Sala es del concepto que en el presente caso, no es dable ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos pedidos por la parte actora, pues, tal derecho no le asiste en tales condiciones, como pasa a explicarse a continuación.

Del certificado de salarios allegado al plenario, se advierte que la demandante devengó en el año anterior a adquirir el estatus de pensionada un emolumento designado **“costos acumulados prima de antigüedad”**, denominación que no hace referencia a una prima como tal, sino a unos pagos pendientes de reconocérsele a la docente, lo que en principio conlleva a pensar que no devengó la prima de antigüedad en el año previo a la adquisición del status, como lo indica la demandante; sin que además se pueda corroborar dicho aspecto con otro medio probatorio, pues, en el expediente solo obra un solo certificado salarial (Ver folio 6 del cuaderno de primera instancia).

En todo caso y aun en gracia de discusión, esta Sala considera que la **“prima de antigüedad”**, no debe ser incluida en cálculo de la base de liquidación pensional, pues, si bien fue percibida de buena fe, la fuente normativa que dio origen a dicha prestación (Decreto 208 de 1981), fue declarada nula por este Tribunal Administrativo mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida en el proceso de Simple Nulidad radicado 70-001-23-31-000-2012-00150-00<sup>15</sup>, de suerte que estando excluido del ordenamiento jurídico,

---

<sup>15</sup> Demandante: Raúl Vergara Alvis. Demandado: Decreto 208 de 1981 y Decreto 402 de 1988.

no es factible considerar este emolumento para el cómputo de la cuantía pensional.

En lo que tiene que ver con la inclusión de la **“prima de servicios”**, esta Sala considera que tal factor debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la actora como docente nacionalizada, pero considerándose de conformidad con la vigencia del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a partir de 2014; esto es, solo puede entenderse debidamente devengada para dicho año, no así para años anteriores, sobre los cuales no puede predicarse que un empleado territorial, haya tenido derecho a percibirla, tal y como lo ha señalado la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>16</sup>, al afirmar que el párrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no crea, ni reconoce a favor de los docentes oficiales esta prima, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978<sup>17</sup>, de ahí que adoptando tal disposición jurisprudencial, habrá que excluirse de lo reclamado la prima de servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala, que los actos administrativos demandados debían declararse nulos, toda vez que la mesada pensional de la parte accionante, no fue debidamente liquidada con la asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de navidad y las horas extras como factores salariales; por lo tanto, la sentencia de primera instancia será confirmada parcialmente, negándose las pretensiones de la demanda en lo que hace a la inclusión de los factores salariales prima de antigüedad y prima de servicios.

**3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA.** En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas, por haber prosperado parcialmente el recurso.

---

<sup>16</sup> Ver Sentencia 08001233300020140110201 (149317), de fecha 14 de abril de 2016.

<sup>17</sup> Ver Sentencia 08001233300020140110201 (149317), de fecha 14 de abril de 2016.

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: MODIFICAR** la sentencia adiada 10 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión, en el sentido que la reliquidación pensional ordenada, no incluirá como factores la prima de antigüedad, ni la prima de servicios.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte recurrente.

**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 Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0115/2018

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**