



## 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:** 70-001-33-33-001-2016-00247-01  
**DEMANDANTE:** MANUEL ANTONIO AHUMADA GALLARDO  
**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 3 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Primero 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>:

El señor **MANUEL ANTONIO AHUMADA GALLARDO**, 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. 0738 del 1º de junio de 2016, mediante la cual, se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

---

<sup>1</sup> Folio 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el demandante se condene a la entidad demandada reliquide su pensión de jubilación desde el 10 de febrero de 2015, actualizando el monto de la misma e incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status.

Así mismo, solicita la demandante se condene a la entidad demandada a aplicar los aumentos anuales automáticos, que ordena la Ley 71 de 1988, incluyendo la actualización de los valores de la condena de acuerdo al índice de precios al consumidor (IPC).

Igualmente, solicita la parte actora el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Por último, pide condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

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

Manifestó el señor Manuel Antonio Ahumada Gallardo, que como docente oficial al servicio del Departamento de Sucre, debidamente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución No. 0738 de junio 1º de 2016, en un monto de \$2.279.694.00.

Señaló el actor, que en el monto de su pensión, no se le incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionado, por lo que solicita su revisión en sede judicial.

Como **soportes normativos** de su pretensión, anotó preceptos de carácter constitucional, como los artículos 1º, 2, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; y legal: artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 1º de la Ley 33

---

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

de 1985, artículo 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 4 de la Ley 4ta de 1976, artículo 9 de la Ley 71 de 1988, artículo 2 literal a de la ley 4ta de 1992 y artículo 150 y 279 de la Ley 100 de 1973.

En su **concepto de violación**, manifestó el actor, que el acto demandado debía declararse nulo parcialmente, porque fue expedido con una clara y directa infracción de las normas en que debía fundarse, puesto que la negativa del ajuste pensional con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, se dio por indebida aplicación y errónea interpretación de la ley, en especial lo concerniente a la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

### **1.3. Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

- **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 era 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 del actor 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.

---

<sup>3</sup> Folios 33 - 45, del cuaderno de primera instancia.

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 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: 2328-2013<sup>4</sup>.

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

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>5</sup>.**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 3 de octubre de 2017, declaró la nulidad parcial 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 reliquidar la pensión de jubilación del señor Manuel Antonio Ahumada Gallardo, en cuantía del 75% de la asignación básica más elevada, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por éste, durante el último año de la prestación de sus servicios; esto es, además de la asignación básica, la bonificación mensual y prima de vacaciones, deberá incluirse el valor por concepto de auxilio de movilización, prima de navidad y prima de servicio.

Así mismo, condenó a dicha entidad, a pagarle al demandante las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, entre los valores reconocidos y pagados y los que dejó de percibir por la aplicabilidad del régimen indebido y la no inclusión de los factores prestacionales correspondientes.

---

<sup>4</sup> C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>5</sup> Folios 93 - 104, cuaderno de primera instancia.

Como fundamento de su decisión, estimó el A-quo, que de conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial citado, el reconocimiento del régimen de transición consignado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, llevaba consigo la valoración del IBL definido por el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de la prestación de los servicios, con la inclusión de todos los emolumentos laborales reconocidos en dicho periodo.

Así mismo, señaló, que como lo había reiterado el Consejo de Estado para la liquidación de la pensión de jubilación, por principio general, además de la asignación básica mensual, constituyen factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios. En razón a ello y a las demás normas aplicables, el monto pensional debe liquidarse con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

#### **1.5.- El recurso<sup>6</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 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 establecían o extendían a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el

---

<sup>6</sup> Folios 121 - 141, del cuaderno de primera instancia

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 29 de enero de 2018<sup>7</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

En proveído de 21 de febrero de 2018<sup>8</sup>, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

- 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 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

---

<sup>7</sup> Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folio 9, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folios 12 - 17, del cuaderno de primera instancia.

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”*<sup>10</sup>?

### **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

---

<sup>10</sup> Se formula en tal sentido el cuestionamiento, en tanto, la primera instancia al emitir sentencia lo delineó de tal y forma, pese a que la demanda lo demarcó de manera distinta, por lo que hay necesidad de pronunciarse al respecto.

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>11</sup>; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y

---

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

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 cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social<sup>12</sup>.

---

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

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 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 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 tuvieron 15 años de servicio, tal y como lo establece el párrafo 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:

*“Párrafo 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 adquirieran 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>13</sup> y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

---

<sup>13</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 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”.

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.

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

---

*"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."*

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:

-. El señor **MANUEL ANTONIO AHUMADA GALLARDO**, nació el 21 de julio de 1949<sup>14</sup>.

-. 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.

---

<sup>14</sup> Conforme se lee en el acto de reconocimiento pensional, visible a folio 13 del cuaderno de primera instancia.

-. A través de Resolución No. 0508 de 24 de noviembre de 2014<sup>15</sup>, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, por intermedio de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le reconoció al accionante pensión de jubilación, en cuantía de \$2.279.694,00, efectiva a partir del 11 de febrero de 2016, como docente municipal, 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, bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014) y prima de vacaciones**.

-. El señor **MANUEL ANTONIO AHUMADA GALLARDO**, devengó durante el año anterior al que adquirió su status pensional – *10 de febrero de 2014 – 10 de febrero de 2015* -, además del sueldo básico mensual, los siguientes factores salariales: **bonificación mensual, auxilio de movilización, prima de servicio, prima vacacional docente y prima de navidad**<sup>16</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 el acto administrativo demandado debía declararse nulo parcialmente, toda vez que la mesada pensional del señor Ahumada Gallardo, fue liquidada meramente con la asignación básica, la bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014) y la

---

<sup>15</sup> Folios 13 – 14 del cuaderno de primera instancia.

<sup>16</sup> Certificado de factores salariales visible a folio 16 del cuaderno de primera instancia.

prima de vacaciones, como factores salariales, debiéndose reconocer en el procedimiento liquidatario, las demás sumas de dinero que recibió aquella parte como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicio previo a adquirir su estatus pensional (10 de febrero de 2014 – 10 de febrero de 2015), esto es, además de la asignación básica y las primas indicadas, la **prima de navidad, auxilio de movilización** y la **prima de servicios**<sup>17</sup>.

En efecto, muy a pesar que la pensión de jubilación a la que tiene derecho la parte 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 línea jurisprudencial esbozada.

En ese orden, dando respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, se avizora que la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, debe liquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo además de la **asignación básica, la bonificación mensual** (Decreto 1566 de 2014) y la **prima de vacaciones**, los factores salariales devengados en el último año de servicios previo a la adquisición de su estatus<sup>18</sup>, como lo es la **prima de navidad, auxilio de movilización** y la **prima de servicios**, con la salvedad que, sí sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá **compensarlos**, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

**En resumen**, esta Colegiatura considera, que acertó el Juez A quo, al declarar la nulidad parcial del acto administrativo acusado (entendido este concepto, en los términos antes señalados), en lo que respecta a la

---

<sup>17</sup> Creada mediante 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.

<sup>18</sup> Dado que la sentencia de primera instancia, en su parte resolutoria, numeral segundo, dispuso que se tuvieran en cuenta los factores “devengados durante el último año de la prestación de sus servicios”, lo cual riñe con lo que se ha venido anotando, esto es, que se debe tener en cuenta aquellos percibidos durante el último año de servicios previo a la adquisición del status, se hará la modificación respectiva, sin que esto implique afectación de la reformatio in pejus, en tanto, la decisión corresponde a la esencia misma de lo tratado. Para el efecto, debe tenerse en cuenta que la propia demanda, así lo requería.

reliquidación pensional, con la inclusión de los factores salariales descritos; y a su vez, se se modificará el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en el sentido de que la reliquidación parte de considerar el último año de servicios previo a adquirir el estatus, de conformidad con lo planteado en la demanda.

### **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, se condenará en costas de segunda instancia, por no haber prosperado el recurso, liquidación que hará conjuntamente la primera instancia.

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** el numeral 2º de la sentencia datada 3 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, el cual quedara de la siguiente forma:

***“SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG, reliquidar la pensión de jubilación, del señor MANUEL ANTONIO AHUMADA GALLARDO, identificado con la cédula de ciudadanía número 3.757.452, en cuantía del 75%, de la asignación más elevada, incluyendo los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicios previo a alcanzar el estatus pensional, además de los que ya le fueron reconocidos, tales como **auxilio de movilización, prima de navidad y prima de servicios.***

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante el fallo apelado.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada, de conformidad con lo anotado. La primera instancia, las liquidará conjuntamente.

**CUARTO:** 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. 0115/2018

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**