



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diez (10) de Junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-007-2016-00264-01
DEMANDANTE:	ENRIQUE JOSÉ SALGADO
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 abril de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ENRIQUE JOSÉ SALGADO**, 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. 0435 del 25 de septiembre de 2014, mediante la cual, se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

¹ Folio 2 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el demandante se ordene a la entidad demandada le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, a partir del día en que cumplió su status de pensionado, con el equivalente al 75% del salario, con todos los factores salariales acreditados.

Así mismo, pide que se ordene a la entidad demandada a pagarle el valor de las mesadas pensionales y adicionales, con los correspondientes ajustes de ley, desde la fecha de adquisición del status de pensionado.

También solicitó que sobre las sumas adeudadas, se incorporaran los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, conforme lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

Igualmente, requirió el pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia y sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

1.2.- Hechos de la demanda²:

El señor Enrique José Salgado viene laborando al servicio de la docencia oficial en el Departamento de Sucre, desde el día 11 de agosto de 1994 y se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante petición No. 2013-PENS-015912 del 19 de agosto de 2014, el señor Enrique José Salgado, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

La Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0435 de septiembre 25 de 2014, reconoció a favor del Docente la pensión vitalicia de jubilación, pero solo le incluyó en su liquidación, la asignación básica,

² Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

desestimando (sic) los factores salariales de prima de antigüedad, prima de navidad, auxilio de transporte y demás factores legales.

Como **soportes normativos**³ de su pretensión, anotó los siguientes preceptos: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; artículo 15 numeral 1º y artículo 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989; artículo 7 del Decreto 2563 de 1990; artículo 3 del Decreto Ley 2227 de 1997; literal a) del artículo 2 y artículo 12 de la Ley 4 de 1992; artículo 1º del Decreto Reglamentario 1440 del 1º de septiembre de 1992; artículo 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; ley 65 de 1946; artículo 4 de la Ley 4 de 1966; artículo 5 del Decreto 1743 de 1966; artículo 1º, párrafo 2 de la Ley 24 de 1947, en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6 de 1945; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En su **concepto de violación**⁴, manifiesta el actor, que el acto acusado sin ninguna justificación, le dejó de incluir la totalidad de los factores salariales devengados en su liquidación para determinar su mesada pensional, con claro desconocimiento de la norma, que ordena que se le debe aplicar el régimen prestacional anterior.

1.3. Contestación de la demanda⁵.

- **La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**, contesta la demanda, oponiéndose a sus pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad. Afirmar, que los actos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte actora, no acredita que estos fueron 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.

³ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 3 - 8 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 55 - 69 del cuaderno de primera instancia.

Frente a los hechos, señala, que el primero es cierto y respecto de los demás, que se atiene a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

En su defensa expone, que la pretensión del actor no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable que se le ajuste 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.

Anota, con base en el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de General de Pensiones, que en el evento de ser condenada la entidad, se determine la actualización a valor presente (cálculo actuarial), del pago que debe realizar el docente por los factores sobre los cuales, nunca efectuó cotización durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2015, No. interno: 2328-2013⁶.

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

1.4.- Sentencia impugnada⁷.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 3 de abril de 2018, declara no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido prescripción e innominada, propuestas por la parte demandada.

A su vez, declara la nulidad parcial de la Resolución No. 0435 del 25 de septiembre de 2014; y en consecuencia, condena a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, a que reliquide la pensión reconocida al señor ENRIQUE JOSÉ

⁶ C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ Folios 86 – 97 del cuaderno de primera instancia.

SALGADO, a partir del 12 de septiembre de 2014, con la inclusión en el ingreso base de liquidación de los siguientes elementos salariales: *auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación mensual, costos acumulados por prima de antigüedad y prima de servicio.*

Así mismo, condena a la entidad demandada a pagar al actor, el retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, que resulten entre los valores que le habían sido reconocidos y los que dejó de percibir por la no inclusión de tales factores, desde el 12 de agosto de 2014.

Para tal efecto, dispone, que la entidad demandada hará las deducciones sobre los factores ahora incluidos y que no hayan sido objeto de aportes por el empleador, pero sólo el último año de servicios, todo lo anterior, con los reajustes de ley y debidamente indexados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Niega, las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, estima el A-quo, que conforme certificado de tiempo de servicio, el señor Enrique José Salgado se vinculó como docente el 23 de marzo de 1993, razón por la que en aplicación del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, le es aplicable la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

Así mismo, señala que conforme al certificado del salario, el demandante devengó durante el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionado, esto es, del 11 de agosto de 2013 al 11 de agosto de 2014, los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de navidad, auxilio de transporte, bonificación mensual y prima de servicios.

Indica, que de la revisión del acto del reconocimiento pensional, se observa que al momento de liquidarse la prestación, solo se tuvo en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación la asignación básica mensual, prima de alimentación y prima de navidad y se excluyó cualquier otro haber devengado por el actor.

Que conforme a lo anterior, era claro que con el acto demandado se violaron de manera parcial las normas citadas por el demandante, dado que se debió liquidar su pensión teniendo en cuenta para ello, la totalidad de los elementos salariales que devengó en el último año de servicio, anterior al que adquirió el status de pensionado.

1.5.- El recurso⁸.

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 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

⁸ Folios 104 - 123 del cuaderno de primera instancia

en cumplimiento de las decisiones judiciales que ordenaban actualizar los valores debidos.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 19 de julio de 2018⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

En proveído de 30 de agosto de 2018¹⁰, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

La **parte demandante**¹¹, alega que la entidad al reconocerle su pensión, debió aplicar el régimen prestacional anterior a la Ley 812 de 2003 y no aplicar el artículo 2 del Decreto 2341 de 2003 y el artículo 3 del Decreto 3752 del mismo año, por cuanto ello solo es posible hacerlo respecto de los Docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003.

Sostiene que la Ley 91 de 1989 reiteró, que el porcentaje sobre el cual debe liquidarse la pensión de jubilación es el equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

También manifiesta el actor, que no reconocerle la pensión con la inclusión de todos sus factores salariales, simplemente constituía violación de su derecho fundamental a la igualdad.

Adicionalmente, reitera que se demostró con el certificado de salarios, que durante el año anterior al status pensional, devengó otros factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en el acto administrativo.

⁹ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 11 - 12, del cuaderno de segunda instancia.

Por lo anterior, solicitó se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales acreditados en el último año de servicio.

Posteriormente, por auto de fecha 14 de marzo de 2019¹², se resolvió suspender el proceso hasta tanto se proferiera la correspondiente sentencia de unificación por parte del Honorable Consejo de Estado, relacionada con los asuntos pensionales de los docentes.

Ocurrido lo anterior, el proceso pasó al Despacho para fallo el 15 de mayo de 2019. Vale anotar, que la presente decisión se toma sin sujeción a los turnos para fallo, en razón de tratarse un derecho pensional que puede afectar los intereses vitales del demandante y dada la particular situación de haberse suspendido el trámite procesal, cuando ya el proceso se hallaba para ser proyectado en fallo, lo cual ubica el asunto en prelación de los restantes procesos.

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: ¿Debe reliquidarse la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior previo a cumplir el status pensional?

¹² Folios 14 - 15 del cuaderno de segunda instancia.

2.3.- Análisis de la Sala.

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

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

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

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

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

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

De estas dos normas, principalmente de los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, se deriva, que desde dicho año, todas aquellas personas que se dedican a la actividad de la docencia, tienen derecho a una pensión de jubilación, si han realizado la actividad mencionada por más de 20 años.

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

Vale la pena mencionar, además, que la Ley 6 de 1945 estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares como para los empleados públicos¹³; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y estableció dos grandes vertientes, la de los particulares y la del sector oficial. Su artículo 14 establece lo siguiente:

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

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

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

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

¹³ 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 social¹⁴.

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

¹⁴ 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; (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 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 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 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 1989¹⁵ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

¹⁵ “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.

Frente a la enumeración efectuada en la Ley 33 de 1985, se precisa que anteriormente, 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 IBL, todos aquellos que remuneren los servicios prestados por el trabajador, siempre que fueran devengados habitual y periódicamente, también incluidas aquellas prestaciones sociales, a las que el legislador les

“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.”

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

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019¹⁶, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en la mesada pensional de los docentes afiliados al FOMAG**, así:

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

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

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

2. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las

¹⁶ Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno: 0935-2017. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag -. C.P. César Palomino Cortés.

cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

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

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

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

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

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

6. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años¹⁷. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

7. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

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

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985	• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	Requisitos
✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años	✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de remplazo - Monto	Tasa de remplazo - Monto
75%	65% - 85% ¹⁸

¹⁷ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.
¹⁸ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

		(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		(Decreto 1158 de 1994)

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

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

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

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

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

2.4.- Caso concreto.

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

-. El señor ENRIQUE JOSÉ SALGADO, nació el 25 de abril de 1955¹⁹.

-. El actor 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 1985²⁰.

-. A través de Resolución No. 0435 del 25 de septiembre de 2014²¹, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG por intermedio de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, le reconoció al accionante pensión de jubilación, en cuantía de \$1.153.866,00, efectiva a partir del 12 de agosto de 2014, como **docente nacional**, tomando como base el 75% del promedio de factores salariales devengado

¹⁹ Según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 18 del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Cfr. Resolución No. 00435 del 25 de septiembre de 2014. Igualmente, certificado de historia laboral, folio 26.

²¹ Folios 20 - 22, cuaderno de segunda instancia.

en el último año de servicio anterior al status pensional, con la inclusión de la *asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones*²².

-. El señor ENRIQUE JOSÉ SALGADO, se vinculó como docente desde el 1º de agosto de 1994²³ y devengó durante el último año de servicios previo a la adquisición del status de pensionado -11 de agosto de 2013 - 11 de agosto de 2014-, los siguientes factores salariales: **asignación básica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual y prima de servicios**²⁴, adicionándose, pero no como factor salarial, el ítem de costos acumulados prima de antigüedad, el cual no tiene tal condición, en tanto debe entenderse como el pago retroactivo de la prima de antigüedad, es decir, como una deuda pendiente²⁵.

-. El demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de la nulidad parcial de la Resolución No. 0435 del 25 de septiembre de 2014. En consecuencia, solicitó se ordenara la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, a partir del día en que cumplió su status de pensionado, con el equivalente al 75% del salario con todos los factores salariales acreditados.

-. El A-quo, accedió a las pretensiones de la demanda, en atención a la posición que para la fecha y sobre la materia, mantenía el Consejo de Estado.

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

En el presente asunto la controversia no radica en el reconocimiento pensional, en el análisis del IBL o la aplicación de algún régimen de

²² Folios 12 – 13 del cuaderno de primera instancia.

²³ Según se desprende del acto de reconocimiento pensional, y certificado obrante a folio 26 del cuaderno de primera instancia.

²⁴ Constancia de factores salariales visible a folio 23 del cuaderno de primera instancia.

²⁵ Esta interpretación surge del tenor literal del certificado en comento, dada la ausencia de otra prueba que denota una interpretación contraria.

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

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

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

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

Este Tribunal acoge lo expuesto por el Consejo de Estado Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019, en la cual, se desvirtúa de manera clara y precisa, los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron considerados por la Alta Corporación, tal como quedó visto en el marco normativo indicado²⁶.

²⁶ Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de abril de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por el actor, deban ser despachadas favorablemente de manera parcial.

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

En ese orden de ideas, del acervo se desprende que el señor ENRIQUE JOSÉ SALGADO, durante el último año de servicios previo a la adquisición de su status de pensionado, devengó, aparte de los factores ya tenidos en cuenta al liquidar la pensión (*asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones*), **prima de navidad, bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014²⁷) y prima de servicios**, resultando en consecuencia, que la *prima de navidad y la prima de servicios*, al no encontrarse en la lista tantas veces indicada, no pueden ser considerados como factores integrantes del IBL.

No ocurre lo mismo con la **bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014)**, pues, si bien no se encuentra incluida en el listado taxativo de la Ley 62 de 1985, lo cierto es, que conforme lo dispuesto en el artículo 1º del citado decreto, la bonificación mensual “*constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”.

Vale anotar, que conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, le corresponde al Presidente de la República hacer

²⁷ “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.”

cumplir la ley y ejercer la potestad reglamentaria para su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, los Decretos Reglamentarios son necesarios para observar el contenido implícito y la finalidad e intención fijada por el legislador, especialmente cuando los mismos se inscriben como desarrollo de leyes marco (Ley 4 de 1992, para el caso), pues, su contenido lo que busca es acompañar la cambiante realidad con la normatividad.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, cuando dice:

“En cuanto hace a las llamadas leyes marco o leyes cuadro, ha señalado la jurisprudencia que son aquellas que implican “una nueva relación entre el Legislativo y el Ejecutivo, en la medida en que éste último colabora activamente con el primero en la regulación de la materia correspondiente, de forma tal que el Congreso fija las pautas generales y directrices que habrán de guiar la regulación, mientras que el Ejecutivo completa, precisa y determina la reglamentación específica del asunto de que se trate”²⁸. En ese contexto, la razón de ser de las leyes marco, lo ha dicho la Corte, “radica en la existencia de asuntos cambiantes que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente; regulación que, en esas condiciones, el Congreso no está en posibilidad de expedir, y en los cuales el Ejecutivo, en cambio, sí dispone de las capacidades para reaccionar prontamente adecuando las regulaciones”²⁹. Sobre ese tipo de leyes, habrá de señalarse que, aun cuando por su intermedio el Congreso fija las pautas generales o directrices de las materias expresamente señaladas en el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política (comercio exterior y régimen cambiario internacional, régimen de aduanas, actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo de recursos captados del público, y régimen salarial y prestacional de empleados públicos y trabajadores oficiales), las mismas no están sometidas a un trámite legislativo especial y, por tanto, no difieren por ese aspecto de las leyes ordinarias, motivo por el cual se entienden inscritas en esta última categoría legislativa”.

En tal razón, tratándose las leyes marco de una clasificación de las leyes ordinarias, enfrentadas las mismas a leyes como la Ley 33 de 1985 –que a su

²⁸ Sentencia C-579 de 2001.

²⁹ Sentencia C-438 de 2011.

vez tiene el carácter de ley ordinaria-, que aparentemente determina de manera definitiva, para el caso tratado, cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para fijar el IBL en materia pensional, la conclusión que surge es que ambas normatividades se complementan, en tanto, teniendo la misma jerarquía, regulan un tema que el legislador dispuso en tal sentido, por ende, un decreto reglamentario como el comentado, siendo el desarrollo de la Ley marco habilitante, alcanza la misma condición de una norma como la contenida en la Ley 33 de 1985.

Y siendo así, ni la deroga, ni la modifica, ni la subroga, sino que la adiciona, de ahí que la bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014, bien puede ser considerada como factor salarial para los efectos pensionales aquí tratados, máxime cuando el mismo, para este caso, dio lugar a que la bonificación mensual fuera pagada, precisamente en el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional de la demandante.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que la decisión de primera instancia, debe ser modificada en cuanto a los factores que se ordenaron incluir en la reliquidación pensional, conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a **excluir** la *prima de navidad y la prima de servicios*, al no encontrarse en la lista de las normas que soportan esta determinación, sin que pueda ocurrir lo mismo frente a la bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014), conforme lo últimamente anotado.

3. CONDENA EN COSTAS.

Siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, no hay lugar a condena en costas en segunda instancia, toda vez que el recurso prospera parcialmente a favor de quien recurrió la decisión de 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 tercero de la sentencia del 3 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **EXCLUIR** la **prima de navidad** y la **prima de servicios**, como factores a tenerse en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante.

CONFIRMAR en lo restante el fallo recurrido.

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0073/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA