



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2015-00221-01
DEMANDANTE: LUÍS JOSÉ ARIAS HOYOS
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 24 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo 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 **LUÍS JOSÉ ARIAS HOYOS**, 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 del acto administrativo No. 1.8.0928.08.2010 de agosto 10 de 2010, aclarado mediante Oficio No. 1.8.822.09.2015 de septiembre 29 de 2015, mediante el cual, se niega la reliquidación de su pensión de jubilación.

¹ Folios 1 - 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 1º de noviembre de 2005, día en que cumplió su status de pensionado, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año de consolidación del derecho, a saber: *prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentos, prima académica y demás factores a que tenga derecho.*

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indicó la parte actora, que prestó sus servicios a la educación pública oficial por más de veinte años y que al cumplir con los requisitos de ley, la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo profirió la Resolución No. 0157 de septiembre 4 de 2006, mediante la cual, le reconoció la pensión ordinaria de jubilación.

Señaló, que la entidad al liquidarle la pensión, solo le incluyó el salario básico mensual, dejando por fuera los demás factores salariales devengados durante todo el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, a saber: *prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentos, prima semestral y demás factores a que tuviera derecho.*

Por lo anterior, indicó que mediante petición de fecha 6 de agosto de 2010, solicitó ante la entidad demandada la reliquidación de su pensión de jubilación; solicitud que fue resuelta negativamente mediante acto administrativo No. 1.8.0928.08.2010 de agosto de 2010, el cual, posteriormente fue aclarado mediante Oficio No. 1.8.822.09.2015 de septiembre 29 de 2015, frente a la procedencia de recursos.

Como **soportes normativos**³ de su pretensión, anotó los siguientes preceptos: artículos 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; Acto Legislativo 01 de 2005; artículos 3, 9, 49, 44, 47, 50 y ss del Código Sustantivo del Trabajo;

² Folios 2 – 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1994; y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En su **concepto de violación**⁴, manifestó el actor, que la concepción de la entidad demandada en el acto acusado era que el Decreto 2341 de 2003, establecía el régimen aplicable a los docentes a los que se refería la Ley 812 de 2003 y en aplicación de éste, los únicos factores salariales que debían ser incluidos en la liquidación del monto pensional, eran la asignación básica y las horas extras. Con esa interpretación, indicó, no solo se inaplicaba la citada Ley 812 de 2003, sino también el artículo 48 constitucional.

Así mismo, sostuvo, que el acto demandado violaba el principio de igualdad, toda vez, que a otros docentes les fue reconocida la pensión de jubilación debidamente liquidada.

También señaló, que en tal acto se expresó que el ingreso base de liquidación de los docentes sería el establecido en el Decreto 1158 de 1994, siendo que éste no era aplicable a los docentes por estar cobijados por un régimen especial y estar, expresamente exceptuados del régimen pensional de la Ley 100 de 1993, artículo 279.

Arguyó, que la entidad aplicó de forma exegética el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, contraviniendo y obviando los lineamientos específicos dados por la Ley 812 de 2003; y era por falta de aplicación de esta última ley, que se quebrantaba en los actos acusados el ordenamiento legal existente.

Por último, refirió que el Consejo de Estado había unificado acertadamente la jurisprudencia sobre el tema, dejando claro que el objetivo de su nueva tesis era garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, lo que permitía incluir en la base de liquidación todos los factores

⁴ Folios 3 – 9 del cuaderno de primera instancia.

salariales devengados, sin distinción alguna, en los que claramente estaban incluidos los del ramo docente, nacionales o nacionalizados.

1.3. Contestación de la demanda.

- **La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**⁵, presentó escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de enero 24 de 2018, declaró la nulidad del acto acusado y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, a que reliquide la pensión vitalicia de jubilación que le reconoció al señor Luís José Arias Hoyos, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, como eran: *prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad*, con la salvedad, que si sobre dichos factores no se habían hecho aportes, la entidad podía compensarlos cuando realizara el pago de las respectivas mesadas.

Así mismo, condenó a dicha entidad a pagarle al demandante, la suma que resulte de restar los valores que arrojen las operaciones aritméticas; así como el valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Decretó la prescripción trienal de las mesadas a reajustar, causadas con anterioridad al 6 de noviembre de 2012.

Como fundamento de su decisión, estimó el A-quo, que el actor, al encontrarse cobijado en el régimen de transición consagrado en el artículo

⁵ Folios 85 - 101, del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 139 – 146 del cuaderno de primera instancia.

36 de la Ley 100 de 1993, se daba aplicación al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado a su vez por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

Señaló, que atendiendo a la tesis que había mantenido el Honorable Consejo de Estado, el demandante tenía derecho a que se le incluyeran en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encontraban enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular, observando el principio de favorabilidad para la aplicación de estos, aún más, cuando se había expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985, no eran taxativos.

Frente al fenómeno de la prescripción, indicó, que al actor le fue reconocida su pensión el 4 de septiembre de 2006 y la petición de revisión fue presentada el 6 de agosto de 2010, no obstante la demanda fue interpuesta el 6 de noviembre de 2015, por lo cual, se concretó la prescripción trienal con anterioridad al 6 de noviembre de 2012.

1.5.- El recurso⁷.

Inconforme parcialmente con la decisión de primer grado, la parte demandante la apeló, con el fin de que se revoque lo atinente a la aplicación de la figura de la prescripción trienal y en su lugar, se ordene que su derecho será efectivo a partir el 6 de agosto de 2007, atendiendo a la fecha en que fue presentada la petición de reliquidación que dio origen al acto administrativo demandado y no a partir del 6 de noviembre de 2012, como fue indicado en la sentencia.

Para tal efecto argumentó el actor, que en los hechos 5, 6, 7 y 8 de la demanda, se narró que solo pudo acceder de manera real y efectiva a la

⁷ Folios 155 - 157, del cuaderno de primera instancia

administración de justicia, hasta que la entidad demandada mediante oficio No. 1.8.822.09.2015 de septiembre 29 de 2015, aclaró el yerro consignado en el acto administrativo No. 1.8.0928.08.2010 de agosto 10 de 2010, referente a la procedencia del recurso obligatorio de apelación y que le impidió en dos oportunidades, acceder a la administración de justicia a reclamar sus derechos.

Anotó, que resultaba improcedente que dicha carga fuera ahora trasladada a él, imponiéndosele una prescripción que a todas luces perjudicaba de manera grave sus intereses económicos, mismos que habían sido conculcados reiterativamente por la entidad, primero, cuando liquidó mal su pensión de jubilación y segundo, cuando plasmó en el acto administrativo, un concepto errado que le impidió acceder de manera oportuna a la administración de justicia.

Adujo, que dentro del proceso quedó probado que existió una razón determinante, para que no hubiera podido interponer oportunamente la acción judicial correspondiente, siendo que antes del oficio aclaratorio, ya se le había rechazado en dos oportunidades la demanda, en razón del yerro de la administración.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 15 de mayo de 2018⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

En proveído de 30 de julio de 2018⁹, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo; sin embargo, no hubo pronunciamiento al respecto.

⁸ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 9, del cuaderno de segunda instancia.

Posteriormente, por auto de fecha 14 de marzo de 2019¹⁰, se resolvió suspender el proceso hasta tanto se profiriera 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: ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo todos los factores salariales devengados al momento de alcanzar el estatus pensional?

¿Una respuesta negativa a la inquietud anterior, en segunda instancia, conlleva vulneración del principio de la reformatio in pejus?

¹⁰ Folios 19 – 20 del cuaderno de segunda instancia.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Excepciones al principio de la non reformatio in pejus

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

(...)

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella”.

Lo anterior, se ha entendido como el principio de la *non reformatio in pejus*, que alude a la prohibición de reformar en perjuicio del apelante único; sin embargo, se ha advertido por la jurisprudencia, que dicho principio no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado y que el *ad quem*, puede entrar a estudiar cuestiones propias de debate jurídico, así no hayan sido objeto del recurso de apelación, cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima.

Así, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 19 de enero de 2017¹¹, expuso lo siguiente:

*“Esta Corporación ha indicado que la non reformatio in pejus no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado¹², lo que ha sido avalado recientemente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar que “al juez de segunda instancia le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en el recurso, **salvo contadas excepciones**”¹³, valoración que se debe hacer caso a caso. De igual modo, se debe indicar que su materialización está ligada a la garantía del*

¹¹ Referencia: Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02281-01. Demandante: Francisco Javier Isaza Vélez. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F. Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto.

¹² Cfr., Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264)

¹³ Cfr., Sentencia T – 455 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el apelante.

No obstante, de manera excepcionalísima el ad quem cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no hayan sido objeto del recurso de apelación. Dicho de otra manera, un funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación” (Resaltado fuera de texto).

Tema que ha sido reiterado por el Honorable Consejo de Estado en diferentes providencias¹⁴, en donde se ha pronunciado sobre las excepciones al principio de la *non reformatio in pejus*, dando por sentado que el *ad quem*, puede estudiar aspectos jurídicos que no hayan sido objeto de recurso, cuando encuentre que la decisión apelada es ilegítima.

Conforme a lo citado, se colige, que si bien los argumentos expuestos por el apelante único son el límite de la competencia del juez *ad quem*, lo cierto es que el juez de segunda instancia, también está sometido al imperio de la ley y debe atender como criterio auxiliar, a la jurisprudencia, resultando que el contenido normativo legal y su interpretación (jurisprudencia), deben ser legítimos.

Entendiéndose por legítimo, aquello que se encuentra en conformidad con las leyes y que, por ende, es lícito, criterio que a su vez, solo puede ser aceptado en virtud de considerar que el derecho es un ejercicio de interpretación, aceptándose que las proposiciones normativas son el conjunto de argumentos “con los cuales los jueces hacen creer, que su postulado (decisión) es correcto”¹⁵ (paréntesis fuera de texto), afirmación que va de la mano con la tesis Dworkiniana de la existencia de una única

¹⁴ Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de tutela del 12 de julio de 2018, Radicado No. 11001-03-15-000-2018-01703-00.

¹⁵ Arango, Rodolfo. Hay respuestas correctas en el derecho. Siglo del Hombre Editores. Ediciones Uniandes.

respuesta correcta en el derecho, a la cual se puede llegar a través del ejercicio interpretativo.

Si esto es así, no cabe duda que un cambio jurisprudencial puede ser aceptado como una respuesta correcta, por ende, una regla que hace parte del ordenamiento jurídico (vía precedente en el ordenamiento jurídico colombiano), con contenido de legitimidad, en los términos descritos, por ende, su vulneración estatuye cualquier decisión judicial como ilegítima y para efectos de lo tratado, puede ser considerada en la segunda instancia, aunque el apelante no haya tocado el tema o se trate de apelante único, pues, de lo que se trata es de ajustar la decisión al ordenamiento jurídico.

De ahí que, es dable atender en el presente caso la postura actual de las Altas Cortes, sobre la interpretación de 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, en tanto, el cambio jurisprudencial parte de aceptar, que la interpretación anterior sobre el tema tratado, no era la respuesta correcta, desde el punto de vista de la interpretación y es obligación de los Jueces, como lo hace entrever la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, aplicar su contenido cuando el proceso se halle en trámite, como ocurre en eventos como este.

Al efecto, sobre el tema tratado, el Alto Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha unificado su criterio al respecto en sentencia de fecha 25 de abril de 2019¹⁶, indicando que: *“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*

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.

solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”, constituyéndose esta, en la regla legítima sobre la cual los Jueces deben fallar sus casos particulares, cualidad que a su vez, en clave de lo dicho, implica que hace parte de la excepción a la reformatio in pejus¹⁷.

De ahí que en este caso es viable aplicar la excepción al referido principio, frente a la necesidad de acatar las órdenes impartidas en la sentencia de unificación, la cual tiene fuerza vinculante con la finalidad de darle coherencia y seguridad al ordenamiento¹⁸; máxime, cuando la Sala Plena del Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación, precisó que *“las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”*.

¹⁷ Nótese en este punto, que es la propia sentencia de unificación la que fijó efectos sobre lo resuelto, lo que impide hacer interpretaciones distintas a lo estrictamente ahí señalado, tal y como lo ha hecho en otras oportunidades, este mismo tribunal, en donde en la providencia de unificación no se fijaron estrictos parámetros sobre su aplicación y por el contrario, se dio textura abierta a la subregla (En la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, que se cita en la providencia descrita adelante, la subregla quedó así: *“... (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral...”*). Al efecto, Cfr. Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Escritural. Sentencia del 19 de enero de 2017. Radicación: 70-001-33-31-004-2011-00122-01. Accionante: SILVIA ELENA ALMANZA CAMPO. Accionado: MUNICIPIO DE SINCELEJO. Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, M. P. Dr. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, donde, tratando el tema de la prescripción en contrato realidad, se aceptó que *“... A lo anterior hay que adicionar, que las novísimas posiciones aisladas del Consejo de Estado, que tratan del fenómeno de la prescripción en este tipo de asuntos, no podrían aplicarse a este asunto, pues, hay que tenerse en cuenta que la decisión recurrida, corresponde al 12 de diciembre de 2011 e injusto resultaría, aplicar tendencias que para el momento del fallo e incluso, para la formulación de la demanda no se habían introducido al ámbito de las providencias judiciales”*.

¹⁸ Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, refirió lo siguiente: *“La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.”*

2.3.2. 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 públicos¹⁹; 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

¹⁹ 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 social²⁰.

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

²⁰ 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 tuvieran 15 años de servicio, tal y como lo establece el parágrafo 2 del art. 1º de la Ley 33 de 1985. Por su parte, los docentes hombres con vinculación nacional se pensionan con 55 años de edad, sin excepción.

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

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

2.3.3. 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 1989²¹ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

²¹ “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.

2.3.4. 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 2019²², 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

²² 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 1° 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

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

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

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

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

6. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años²³. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

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

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

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	Requisitos
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de remplazo - Monto	Tasa de remplazo - Monto
75%	65% - 85% ²⁴

²³ 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.

²⁴ 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)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (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)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna
	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.		

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 LUÍS JOSÉ ARIAS HOYOS, nació el 30 de octubre de 1950, conforme se señala en el acto de reconocimiento pensional, visible a folio 12 del cuaderno de primera instancia.

-. El actor ingresó al servicio público educativo antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, (1º de agosto de 1984), razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

-. A través de Resolución No. 0157 del 4 de septiembre de 2006²⁵, 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 \$804.677,00, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2005, como docente nacionalizado, tomando como base el 75% del promedio de factores salariales devengado

²⁵ Folios 12 – 13, cuaderno de segunda instancia.

en el último año de servicio anterior al status pensional, con la inclusión de la asignación básica²⁶.

-. En virtud de una solicitud de revisión de la pensión de jubilación presentada el 6 de mayo de 2008 por el señor Luís José Arias Hoyos, la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Sincelejo, expidió la Resolución No. 0254 del 25 de junio de 2008²⁷, por medio de la cual resolvió reconocer y pagar la pensión de jubilación en cuantía de \$897.071.00, por concepto de revisión de la misma, a partir del 1º de noviembre de 2005.

-. Posteriormente, mediante petición radicada el 6 de agosto de 2010, el señor Luís José Arias Hoyos, solicitó reajuste de su pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio²⁸.

-. La citada petición fue resuelta mediante Oficio No. 1.8.0928.08.21010 de agosto 10 de 2010, en el cual, el Secretario de Educación Municipal de Sincelejo, informó que el solicitante no tenía derecho a que se le incluyeran los factores salariales solicitados²⁹.

-. Subsiguientemente se expidió el Oficio No. 1.8-822-09-2015 de fecha 29 de septiembre de 2015, en el que se lee que el señor Arias Hoyos, solicitó se aclarara el anterior acto administrativo del 10 de agosto de 2010, indicándose que frente al mismo no procedía el recurso de apelación y así proceder a garantizar el acceso a la administración de justicia³⁰.

En este último oficio, se dispuso:

“ARTÍCULO 1º.- Confírmese la Decisión proferida por este Despacho contenida en el oficio No. 1.8-0928-08-21010 de fecha 10 de agosto de 2010, expedido por esta Secretaría, en el Artículo 1º de ese Acto administrativo...”

²⁶ Folios 12 – 13 del cuaderno de primera instancia.

²⁷ folios 124 - 126 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folios 18 – 19 del cuaderno de primera instancia.

²⁹ Folios 20 - 22 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folios 23 - 25 del cuaderno de primera instancia.

ARTÍCULO 2º.- Contra el presente Acto, no procede ningún recurso y aclara y deroga el Artículo 2º contenido en el oficio No. 1.8-0928-08-2010 de fecha 10 de agosto de 2010, expedido por esta Secretaría”.

-. El señor LUÍS JOSÉ ARIAS HOYOS, viene prestando sus servicios desde el 1º de agosto de 1984³¹ y devengó durante el último año de servicios previo a la adquisición del status de pensionado -30 de octubre de 2004 - 30 de octubre de 2005-, además del sueldo básico mensual, los siguientes factores salariales: **prima de alimentación, prima de grado, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad**³².

-. El demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo No. 1.8.0928.08.2010 de agosto 10 de 2010, aclarado mediante Oficio No. 1.8.822.09.2015 de septiembre 29 de 2015. En consecuencia, solicitó se ordenara la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, a partir del 1 de noviembre de 2005, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentos, prima académica, y demás factores a que tenga derecho por ley.

-. 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 **revocada**, 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 transición, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a

³¹ Según se desprende del acto de reconocimiento pensional, y certificado obrante a folios 128 – 129 del cuaderno de primera instancia.

³² Constancia de factores salariales visible a folio 26 del cuaderno de primera instancia.

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 indicado³³.

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

³³ 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.

desfavorablemente; *máxime*, cuando se advierte que los factores salariales de prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad, no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada - Ley 62 de 1985.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que la decisión de primera instancia, que ordenó la reliquidación pensional, debe ser revocada, conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a negar las pretensiones de la demanda.

3. CONDENA EN COSTAS.

En relación con las costas, para este caso en particular, dadas las especiales circunstancias en que se obtiene el fallo, la Sala acoge el criterio del Honorable Consejo de Estado contenido en la sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. Dr.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-14), Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente³⁴ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del

³⁴ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de un pensionado que fue vencido en juicio, a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto a la interpretación sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por la parte accionante, son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

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,

³⁵ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 24 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se dispone: “**NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme lo anotado.

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. 0066/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA