



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2016-00122-01
DEMANDANTE:	EDDIE JOSÉ DANIELS GARCIA
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 demandante, contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Octavo 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 **EDDIE JOSÉ DANIELS GARCIA**, 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 Oficio SEM-PS-1.8.3.105 del 28 de abril de 2015, por medio del cual, le niegan la reliquidación pensional.

¹ Folios 20 - 22 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el demandante se ordene a la entidad demandada le pague la pensión de jubilación, con un equivalente al 75% de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del **status** pensional, en cuantía de \$1.747.224,51.

Así mismo, pide el accionante se ordene a la parte demandada a pagar las diferencias producto de la reliquidación solicitada, así como hacer los reajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor.

Igualmente, requiere el pago de los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.

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

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifestó el señor EDDIE JOSÉ DANIELS GARCIA que prestó sus servicios al Estado, en calidad de Docente en la Institución Educativa Simón Araujo en Sincelejo, por más de veinte años.

En virtud de lo anterior, señaló, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0015 del 8 de enero de 2008, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.462.527.00, efectiva a partir del 6 de octubre de 2007.

Refirió, que en la liquidación pensional solo se tuvo en cuenta la *asignación básica, la prima de alimentación, las horas extras y la prima de vacaciones*, dejándose por fuera la *prima de antigüedad, la prima de navidad y la prima semestral*; factores que fueron devengados durante el año inmediatamente

² Folios 22 - 23 del cuaderno de primera instancia.

anterior a la fecha de adquisición del **status** pensional y/o reconocimiento pensional.

Indicó, que mediante petición radicada en la entidad el día 3 de abril de 2014 y adicionada el 25 de septiembre de 2014, solicitó la revisión de su pensión, con el fin que se le tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados.

Sostuvo, que tal solicitud fue negada por el FOMAG, mediante Oficio No. SEM-PS-1.8.3-105 del 25 de abril de 2015.

Como **normas violadas**³, anotó los siguientes preceptos: artículos 2, 4, 13, 25, 48 inciso final, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política; artículo 10 del Código Civil, artículo 5 de la Ley 57 de 1987, Ley 1437 de 2011, artículo 4 de la Ley 4 de 1966, artículo 5 del Decreto Reglamentario 1743 de 1966, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, ley 5 de 1969, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1968, Ley 71 de 1988, artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y artículo 279 inciso 2 de la Ley 100 de 1993.

En su **concepto de violación**⁴, manifestó el actor, que el acto acusado estaba viciado de nulidad, pues, al no reconocer la totalidad de los factores salariales devengados con anterioridad al reconocimiento pensional, era violatorio del contenido de las Leyes 33 y 62 de 1985 que así lo ordenaban.

Sostuvo, que la Ley 62 de 1985 enunció los factores salariales a tener en cuenta en el cálculo del monto de la pensión de jubilación; y del análisis del inciso final del artículo 1º de esa normatividad no se podía concluir que tal enumeración fuera taxativa, máxime, si se advertía que en su inciso segundo admitía la existencia de otros factores.

De igual forma, indicó, que la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993,

³ Folios 23 – 24 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 24 - 33 del cuaderno de primera instancia.

había señalado que debían tenerse como tales todos los dineros devengados con ocasión de la relación laboral y como retribución de los servicios prestados, salvo exclusión legal en contrario.

Así entonces, manifestó el demandante, que tenía derecho a que la entidad demandada le reliquidara su pensión, so pena de vulnerarse las normas aludidas.

1.3. Contestación de la demanda⁵.

- **La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a sus pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad. Afirma, que los actos demandados se encontraban acogidos por la presunción de legalidad y la parte actora, no acreditó que estos hubiesen sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

En su defensa expuso, que la pretensión del actor no se ajustaba a derecho, toda vez que no era viable que se le ajustara su pensión con la inclusión de todos los factores salariales, sobre los cuales no había cotizado durante el año anterior a alcanzar su status de pensión.

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

⁵ Folios 57 - 71 del cuaderno de primera instancia.

⁶ C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de diciembre 15 de 2017, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación, propuestas por la entidad demandada.

A su vez, declaró la nulidad parcial del Oficio No. SEM-PS-1.8.3-105 del 28 de abril de 2015 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 EDDIE JOSÉ DANIELS GARCIA, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados dentro del año anterior a la adquisición del status de pensionado - 5 de octubre de 2005 a 5 de octubre de 2007-, así como al pago de las diferencias causadas, previa deducción de los aportes.

Declaró probada la excepción de prescripción trienal de los mayores valores causados por la reliquidación pensional, comprendidos desde el 5 de octubre de 2007, hasta el 2 de abril de 2011.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo, que el demandante era beneficiario de la Ley 33 de 1985 y de la Ley 91 de 1989, por tanto, el ingreso base de liquidación para cuantificar su pensión de jubilación debía incluir, todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es, desde el 5 de octubre de 2006, al 5 de octubre de 2007.

⁷ Folios 93 - 101 del cuaderno de primera instancia.

Indicó, que en el presente asunto estaba demostrado que al accionante le fue reconocida la pensión de jubilación, teniendo en cuenta la *asignación básica mensual, las horas extras, la prima de alimentación y la prima de vacaciones*.

Y según el certificado de salarios allegado, se acreditaba que el actor, entre los años 2006 y 2007, percibió los factores salariales correspondientes a la *asignación básica, prima de alimentación, prima de antigüedad, horas extras, prima semestral, prima de vacaciones y prima de navidad*.

Así las cosas, consideró el Juez que el señor Eddie José Daniels García tenía derecho a que se le reliquidara su pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a su status pensional.

1.5.- El recurso⁸.

Inconforme parcialmente con la decisión de primer grado, la **parte demandante** la recurre, toda vez, que en el numeral 3º de su parte resolutive, se ordenó a la entidad accionada efectuar los descuentos por concepto de aportes no efectuados, pero no especificó el periodo de tiempo por el cual se debían calcular los mismos.

Argumentó, que conforme el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el monto de la pensión sería el 75% del promedio devengado durante el último año de servicios, por ende, si se estaba ordenando incluir primas y auxilios, los descuentos serían lógicamente sobre dichos factores devengados en ese último año y no, en toda la vida laboral, como se estaba ordenando en el fallo impugnado.

Igualmente sostuvo, que era inadmisibles la orden de descontar los aportes por todo el tiempo de servicios prestados por el trabajador, cuando no se estaba discutiendo el derecho al reconocimiento de la pensión, pues, éste

⁸ Folios 105 – 109 del cuaderno de primera instancia

ya se dio, sino que lo discutido era la base utilizada para el cálculo del valor de la mesada, que correspondía únicamente a lo devengado en el último año de servicios, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en este año.

En virtud de lo anterior, solicitó que se ordenara que los descuentos a que hubiere lugar, se calcularan sobre los factores ordenados y devengados en el último año de servicios.

Subsidiariamente, solicitó, que de no accederse a lo anterior, se tuviera en cuenta el fenómeno de la prescripción y se indicara en la providencia que por principio de favorabilidad, dichos descuentos no podían ser superiores a los retroactivos generados como consecuencia de la reliquidación pensional.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de marzo de 2018⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

- En proveído de 1º de junio 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, reiteró la tesis expuesta en la demanda, para sostener que tenía derecho a la reliquidación de su pensión con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, dando cumplimiento a las normas aplicables a su caso, es decir, Ley 33 de 1985 y ley 62 de 1985, las cuales no indican de forma taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros

⁹ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 9, del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 10 – 18 del cuaderno de segunda instancia.

conceptos devengados por el trabajador, durante el último año de prestación de servicio.

Así mismo, alegó que en su caso no era aplicable la Sentencia SU - 230 de 2015, la cual estudiaba la prestación de un trabajador oficial y extender sus efectos a los empleados públicos resultaba una expresa violación a los derechos fundamentales y al orden jurídico, además que se estaría faltando al principio de favorabilidad, en la aplicación e interpretación de la norma para el trabajador.

Por otro lado, respecto a los descuentos por aportes para pensión, indicó que debía tenerse en cuenta que en este caso no resultaba procedente ordenar descuentos para pensión por toda la relación laboral, pues, el artículo 817 del Estatuto Tributario estableció un término de prescripción de las obligaciones parafiscales.

Sostuvo, que si bien era cierto la pensión surgía como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo era menos que si se incumplía la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, este prescribía.

Finalmente, solicitó que se tuviera en cuenta el principio de favorabilidad, atendiendo a que el derecho reconocido no podía ser menor a lo ya percibido, es decir, que si al momento de la reliquidación resultaba un valor inferior al reconocido inicialmente, se especificara en la providencia que los efectos de la misma se debían entender por el mayor valor o en lo más favorable, pues, no se podían desmejorar sus condiciones.

- El **Agente del Ministerio Público Delegado ante este Tribunal**¹², respecto a la inconformidad del demandante, anotó, que era claro que por la necesidad de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, se hacía impostergable la deducción del valor de los aportes que debieron realizarse sobre los factores salariales que

¹² Folios 25 - 34 del cuaderno de segunda instancia.

la sentencia de primera instancia, ordenó incluir en el IBL para la reliquidación de la prestación del demandante, por toda la vida laboral.

Finalmente, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, con la adición antes sugerida.

- Posteriormente, por auto de fecha 31 de enero de 2019¹³, 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.

Contra la anterior providencia el demandante interpuso **recurso de reposición**¹⁴, argumentando que en su caso no es viable suspender el proceso en etapa de sentencia, así como tampoco tener como precedente jurisprudencial el reciente pronunciamiento de unificación proferido por el Consejo de Estado¹⁵, toda vez, que el mismo trata de los beneficiarios de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el respectivo cálculo del ingreso base de liquidación, del cual él estaba exceptuado por pertenecer a un régimen excepcional por su calidad de docente.

Adicionalmente, precisó, que había sido nombrado Docente por el Municipio de Sincelejo en el año 1977, fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 – Estatuto Docente, por lo que se le debían respetar los derechos adquiridos y que fueron tenidos en cuenta en el precedente jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa.

Por lo anterior, solicitó se revocara el auto de fecha 31 de enero de 2019, donde se ordenaba la suspensión del proceso y en su lugar, se profiriera la sentencia correspondiente.

¹³ Folios 36 - 37 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁴ Folios 39 - 41 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁵ Sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018.

Del citado recurso, se corrió traslado por el término de tres (3) días. Y una vez vencido dicho término, el proceso pasó al Despacho el 6 de marzo de 2019.

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. Cuestión previa.

Como quedó antes advertido, la parte demandante solicitó la revocatoria del auto de fecha 31 de enero de 2019¹⁶, argumentando que en su caso no era viable suspender el proceso en etapa de sentencia, así como tampoco tener como precedente jurisprudencial el reciente pronunciamiento de unificación proferido por el Consejo de Estado¹⁷, toda vez, que el mismo trata de los beneficiarios de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el respectivo cálculo del ingreso base de liquidación, del cual él estaba exceptuado por pertenecer a un régimen excepcional por su calidad de docente.

La suspensión del proceso, es una figura que permite detener el proceso por determinado espacio de tiempo y puede ser decretada por el Juez, cuando se presenten las circunstancias previstas en el artículo 161 del Código General del Proceso¹⁸, entendiéndose como una de ellas el hecho

¹⁶ Folios 39 - 41 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁷ Sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018.

¹⁸ "**Artículo 161.** Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquél como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción".

de que la sentencia que deba dictarse, dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial.

Ahora bien, la decisión de suspender el presente proceso, contenida en el auto de fecha 31 de enero de 2019¹⁹, atendió a que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, estaba pendiente de proferir sentencia de unificación relacionada con los asuntos pensionales de los docentes, dentro de un proceso con situaciones fácticas y jurídicas similares a las del presente asunto, es decir, sobre la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el docente, previo a la adquisición del status pensional o previo al último año de servicios.

Acorde con lo antes expuesto, si era dable decretar la suspensión procesal antes de proferirse sentencia de segunda instancia; acotándose, que no es de recibo que el accionante alegue que dicha suspensión tuvo como fundamento la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, proferida por el Consejo de Estado, pues, como bien quedó señalado en el auto recurrido, la misma atendió a la sentencia de unificación que estaba pendiente de emitirse, relacionada con los asuntos pensionales de los docentes; además, como bien lo señala el mismo recurrente, aquella solo trataba de los beneficiarios de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el respectivo cálculo del ingreso base de liquidación, del cual él estaba exceptuado por pertenecer a un régimen excepcional.

Así las cosas, no se procederá a revocar el auto de fecha 31 de enero de 2019, toda vez, que no le asiste razón a la parte actora en la fundamentación de su recurso y por el contrario, ya que la providencia de

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Parágrafo. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquél será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás. También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.

¹⁹ Folios 36 - 37 del cuaderno de segunda instancia.

unificación fue emitida, se resolverá de fondo el asunto, aspecto que por demás resulta conteste con lo finalmente pedido.

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.

2.3. 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?

2.4.- Análisis de la Sala.

2.4.1.- 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.

Esta posibilidad, en consideración de la Sala, se extiende también a aquellos casos en los cuales el objeto de apelación mantiene una relación estrecha, con aquellos temas que aparentemente no son impugnados, pues, al apelarse determinada cuestión, su análisis, bien puede per se, admitir adentrarse en aquellos otros aspectos.

Esto ocurre en casos como el tratado, en donde, el objeto de apelación viene delimitado por el recurrente único, quien muestra inconformidad respecto de haberse ordenado a la entidad accionada, por la primera instancia, realizar los descuentos por concepto de aportes no efectuados, sin especificar el periodo de tiempo por el cual se debían calcular los mismos, retomando en sus argumentos el denominado ingreso base de cotización (IBC) o para el caso de aportes, en tanto dice, que si para efectos del IBC se toma el último año de servicios, evidentemente ese será el período sobre el cual se harán los descuentos respectivos y si por el contrario, se entiende, se toma toda la vida laboral del demandante, este será el período a meditar.

Tratado así el tema, no cabe duda que no solamente se trata de considerar el período sobre el cual se deben realizar los descuentos en comento, sino también, sobre qué deben recaer los mismos (IBC), para a partir de tal apreciación, establecer cuál es el período sobre el cual se debe ejecutar el descuento, con un evidente tinte de análisis sobre cuáles son los aportes que legalmente se deben tener en cuenta como integrantes del IBC.

De ahí que, el problema actuarial²⁰ por omisión de pago de ciertos aportes por parte del empleador que propone el apelante, permita ampliar el espectro de análisis de la Sala, para abordar si los aportes, bajo el seno de una nueva interpretación jurisprudencial, que deben tenerse como base para el Ingreso Básico de Liquidación (IBL) de la pensión del demandante, son aquellos dispuestos por la primera instancia, en tanto, los aportes pensionales se constituyen en parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión, vía reliquidación que se solicita.

En otras palabras, si el sistema pensional particular del demandante para subsistir y cumplir su cometido, debe sustentarse en los aportes regularmente allegados, cuando se presenta una reliquidación pensional donde resulta relevante el tema de los aportes, resulta indispensable establecer cuáles son los aportes que legalmente deben pagarse y sobre qué factores recae el aporte, para a partir de ellos establecer: el valor a pagar, los extremos fácticos que lo soportan y su base de liquidación o IBC, que de hecho y de entrada, ya es discutible cuando el propio apelante sostiene que en su criterio hubo un indebido entendimiento de la regla a utilizar.

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 guiar el argumento de impugnación entendido en su completitud.

2.4.2. 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

²⁰ "El cálculo actuarial, es una modalidad de matemáticas aplicadas que sirve para predecir o simular determinados hechos económicos atendiendo a sus posibles consecuencias y los costes que estas supondrían, de modo que puedan ser calculadas posibles compensaciones". <<https://economipedia.com/definiciones/calculo-actuarial.html>>

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 públicos²¹; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y

²¹ RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

estableció dos grandes vertientes, la de los particulares y la del sector oficial. Su artículo 14 establece lo siguiente:

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

- a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos 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 cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social²².

²² ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

La Ley 33 de 1985, establecía como requisitos para que los maestros del sector oficial obtuvieran la pensión de vejez, que tuvieran más de 55 años de edad y 20 años de servicios como docentes en el sector público.

La ley 91 de 1989 establece, que se denominará personal nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y personal nacionalizado, a aquellos vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1967 y a los vinculados a partir de la vigencia de la mencionada ley, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Se indica que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, que se causen a partir de la vigencia de la ley, son de cargo de la Nación y deben ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que las Entidades Territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, tendrán que pagarle al Fondo, las sumas que adeuden a dicho personal, hasta la fecha de promulgación de la ley en comento, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Se establece además, que a partir de la vigencia de la ley, los docentes nacionalizados que figuren vinculados como tal, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 establece, que el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional. En su artículo 15 indica, que la mencionada ley opera respecto de todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, de las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, respecto de los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas, sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través

del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El artículo 17 establece, que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. El artículo 22 indica, que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, para lo cual debe descontar del salario de cada afiliado, el monto de las cotizaciones. En todo caso, el empleador deberá responder por la totalidad del aporte, aún en el evento de que no hubiere efectuado los descuentos.

Por su parte, el artículo 31, establece el régimen de prima media, definido como aquel mediante el cual, los afiliados obtienen su pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva. Los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, están consagrados en el artículo 33 y son los siguientes:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Para el cómputo de las semanas a que se refiere el segundo numeral, se tendrá en cuenta:
 - a) El número de semanas cotizadas, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; (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.

2.4.3. 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:

“Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

De la norma transcrita se desprende, que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio, a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes, se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.

Estos dos regímenes, se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo No. 01 del 2005.

Al efecto, las iniciativas de reforma constitucional presentadas por el Gobierno Nacional, para adicionar el artículo 48 de la Carta con miras a garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, incluyeron las siguientes propuestas:

“Artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos al artículo 48 de la Constitución Política:

“... Salvo lo dispuesto en el último inciso del presente acto, no habrá regímenes pensionales especiales, ni exceptuados, con excepción del aplicable a la fuerza pública...”

“... La vigencia de los regímenes pensionales de transición, los especiales, los exceptuados así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las reglas generales de la Ley 100 de 1993 y sus reformas expirarán el 31 de diciembre del año 2007...””.

El Congreso de la República aprobó la iniciativa, prohibiendo los regímenes especiales y exceptuados, con excepción de la Fuerza Pública y el Presidente de la República, a partir de la vigencia de la reforma constitucional, pero consagrando, expresamente, tanto el respeto por los derechos adquiridos como varias disposiciones de transición, entre ellas, la extensión hasta el 31 de julio del año 2010, de los regímenes especiales, exceptuados o distintos del régimen general; y también adoptando una norma especial de transición para los docentes.

El acto legislativo en comento, entró a regir el 25 de julio del 2005, fecha que determina la supresión de los regímenes especiales y exceptuados y los demás que sean distintos al sistema general, conforme lo regulan el inciso octavo y el párrafo segundo transitorio.

Para los docentes, el párrafo transitorio primero del artículo primero del Acto Legislativo No. 01 del 2005, elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos regímenes pensionales del artículo 81 de la ley 812 del 2003 y del mismo modo, esto es, también como norma constitucional, estableció la fecha a partir de la cual perderán su vigencia, puesto que en el párrafo transitorio segundo del artículo primero del Acto Legislativo, ordena que el 31 de julio del 2010 expirarán todos los regímenes que sean distintos al sistema general de pensiones.

Interesa en este punto, detenerse en la expresión “sin perjuicio de los derechos adquiridos”, para precisar, que si bien en materia pensional la tradición de nuestro ordenamiento jurídico ha sido la de configurar el derecho adquirido, cuando la persona reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en el régimen que le sea aplicable para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, que en el lenguaje de la reforma se denomina como “causación del derecho”, el Acto Legislativo No. 01 del 2005 es explícito en el punto, estatuyendo en el inciso tercero del artículo 1º, lo siguiente:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...”

La aplicación de este conjunto de disposiciones de rango constitucional a los docentes oficiales, deja sustentado que:

- a) En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;
- b) Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003, se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;
- c) Los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 91 de 1989²³ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

²³ “Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:...

“2. Pensiones:

“A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá

Luego, se trata de un régimen distinto al que regulan las reglas generales.

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

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”

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 2019²⁴, 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 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

²⁴ 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.

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 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 años²⁵. 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 2° 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	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%</u> ²⁶ (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

²⁵ 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.

²⁶ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Último año de servicio docente (literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° 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 1° 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 8° 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”.

2.5.- Caso concreto.

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

-. El señor EDDIE JOSÉ DANIELS GARCIA, nació el 5 de octubre de 1952²⁷.

-. El actor ingresó al servicio público educativo antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 (29 de marzo de 1977, conforme se lee a folio 7, cuaderno de primera instancia), razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

-. A través de Resolución No. 0015 del 8 de enero de 2008²⁸, 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 \$1.462.527,00, efectiva a partir del 6 de octubre de 2007, como docente **nacional**, tomando como base el 75% del promedio de factores salariales devengado en el último año de servicio anterior al status pensional, con la inclusión de la *asignación básica, horas extras, prima de alimentación y prima de vacaciones*²⁹.

²⁷ Conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 17 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folios 2 – 4 del cuaderno de primera instancia.

²⁹ Folios 2 - 4 del cuaderno de primera instancia.

-. En virtud de una solicitud de revisión de la pensión de jubilación presentada por el señor Eddie José Daniels García, la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, expidió el Oficio No. SEM-PS- 1.8.3-105 del 28 de abril de 2015³⁰, mediante el cual, le respondió que teniendo en cuenta el concepto emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no procedía el ajuste de la prestación.

Que además, no procedía el ajuste de la prestación, toda vez, que la *prima de navidad* no era factor de liquidación para esta prestación, pues, se trataba de un Docente Nacional.

-. El señor EDDIE JOSÉ DANIELS GARCIA, prestó sus servicios desde el 29 de marzo de 1977 hasta el 19 de mayo de 2014³¹ y devengó durante el último año de servicios previo a la adquisición del status de pensionado -5 de octubre de 2006 - 5 de octubre de 2007-, además del sueldo básico mensual, horas extras, prima de alimentación y prima de vacaciones, los siguientes factores salariales: ***prima de navidad, prima de antigüedad y prima semestral***³².

-. El demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio SEM-PS-1.8.3.105 del 28 de abril de 2015 y en consecuencia, solicitó se ordenara a la entidad demandada le pagara la pensión de jubilación, con el equivalente al 75% de la totalidad de los factores de salario devengados, en el año inmediatamente anterior a la fecha del status pensional, en cuantía de \$1.747.224,51.

-. 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.

³⁰ Folio 6 del cuaderno de primera instancia.

³¹ Según se desprende del certificado de historia laboral, visible a folio 7 del cuaderno de primera instancia.

³² Constancia de factores salariales visible a folio 9 del cuaderno de primera instancia.

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 transición, sino, en punto de lo apelado y afirmado anteriormente, en inicialmente establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, para luego estudiar lo relacionado con los descuentos en los aportes, si a ello hay lugar; siendo así, es menester en *primera* medida, 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.

Ahora bien, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte que al ser el señor EDDIE JOSÉ DANIELS GARCÍA, 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 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 Daniels García, durante el último año de servicios previo a la adquisición de su status de pensionado, devengó, aparte de los factores ya liquidados (asignación básica, horas extras, prima de alimentación y prima de vacaciones), la **prima de antigüedad**, entre otros. En consecuencia, el factor mencionado, debe ser incluido en la liquidación de la pensión de jubilación del actor, en observancia de la postura unificada del Consejo de estado sobre la materia.

En cuanto a la **prima semestral** y la **prima de navidad**, las mismas no se pueden tomar como factores de reliquidación pensional, toda vez que no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada - Ley 62 de 1985.

De ahí que, 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 semestral y la prima de navidad.

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.

Finalmente, frente a lo señalado por el apelante – demandante, ha de señalarse que la orden de descuento considerada por la primera instancia se ajusta a derecho, pues, los aportes pensionales deben efectuarse durante toda la vida laboral y recaer sobre aquellos factores que se tienen en cuenta para efectos de calcular la pensión, durante el mismo lapso de tiempo, de ahí que se entienda que el recurrente confunde la fórmula de liquidación del IBL con los aportes que deben hacerse al sistema de seguridad social en pensiones, considerando el ingreso base de cotización (IBC), sin perjuicio claro está, como lo advirtió el a quo, del fenómeno de la prescripción de los recursos parafiscales (aportes a pensión) que debe ser considerado por la entidad demandada cuando efectúe la correspondiente liquidación y del hecho de que pueden haberse efectuado pagos por aportes y por ende, solo se puede perseguir la diferencia respecto de aquellos que no se hayan efectuado.

Siendo así, el cargo formulado por el apoderado judicial demandante en apelación, no prospera.

En resumen de todo lo dicho, no se repondrá la providencia del 31 de enero de 2019 y se emite en consecuencia decisión de fondo, aplicando el principio de economía procesal; y se modificará el numeral tercero de la parte resolutive del fallo apelado, conforme lo anteriormente anotado y se confirmará en lo restante.

3. CONDENA EN COSTAS.

Siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, hay lugar a condena en costas en segunda instancia, toda vez que el recurso no prospera a favor de quien recurrió la decisión de primera instancia.

La primera instancia, hará la liquidación respectiva.

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: NO REPONER el auto de fecha 31 de enero de 2019, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia del 15 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **excluir** la **prima semestral** y la **prima de navidad**, como factores, para reliquidar la pensión de la parte accionante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante el fallo recurrido.

CUARTO: CONDENAR en costas en sede de segunda instancia a la parte recurrente -demandante-, conforme lo anotado.

QUINTO: 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. 00108/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
(Con salvamento de voto)

ANDRÉS MEDINA PINEDA