



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2017-00134-01
DEMANDANTE: ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE
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 23 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto 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 **ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG"**, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0553 del 27 de abril de 2015, mediante la cual, se le reconoció la pensión de jubilación.

¹ Folios 1 – 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el accionante que se ordene a la entidad accionada, le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año previo a la adquisición de su status de pensionado.

Así mismo solicita, entre otras, que se ordene a la entidad pensional, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año; y que el pago de las mesadas atrasadas, se haga desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina de pensionados.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indicó el demandante, que laboró por más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley, por lo que le fue reconocida la pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

Señaló, que en dicho acto de reconocimiento, solo le fue incluida en la base de liquidación pensional la *asignación básica*, el *promedio de las horas extras* y de la *prima de vacaciones*, omitiendo tener en cuenta la *prima de navidad*, la *prima de servicios*, la *bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014* y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Como **normas violadas³**, anotó las siguientes: artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978.

En su **concepto de violación⁴**, manifestó el accionante que el acto acusado no se ajustaba a derecho, puesto que, desconocía por completo lo

² Folios 2 – 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 3 – 8 del cuaderno de primera instancia.

establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitía al Decreto 1045 de 1978, el cual se debía tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, toda vez, que los factores salariales enunciados por este decreto para efectos de determinar la cuantía de la prestación, eran superiores a los que se tomaron para establecer el monto de su mesada pensional, excluyéndose por completo los factores devengados por ella, lo que traía como resultado la regresividad en los derechos sociales.

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.

Frente a los hechos, señaló, que el primero parecía cierto y respecto de los demás, que se atenía a lo que se demostrara en el transcurso del proceso.

En su defensa expuso, que la pretensión del accionante 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

⁵ Folios 37 - 49 del cuaderno de primera instancia.

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.

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 Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 23 de abril de 2018, proferida en audiencia inicial, declaró la nulidad parcial del acto acusado y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, a reliquidar la pensión vitalicia de jubilación que le reconoció al señor ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales devengados durante el último año de servicio previo al retiro definitivo del servicio: *asignación básica, bonificación mensual, horas extras, prima de servicios, prima vacacional y prima de navidad.*

Así mismo, ordenó a dicha entidad a pagarle al demandante, las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 18 de mayo de 2014; y le ordenó realizar los descuentos por aportes, correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

Como fundamento de su decisión, estimó el A-quo, que en los actos acusados solo se tomó como salario base de liquidación la asignación básica mensual, el promedio de las horas extras y la prima de vacaciones, sin que se tuviera en cuenta como factor salarial la bonificación mensual, la

⁶ C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ Folios 54 - 56 del cuaderno de primera instancia.

prima de servicios y la prima de navidad, que aparecía dentro de la certificación de salarios expedida por el FOMAG, encontrándose en contravía de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, la cual había aclarado que el listado de los factores salariales consignados en la Ley 33 de 1985 no era taxativo, sino enunciativo, por tanto, todos los factores que recibían los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, integraban el salario base de liquidación de la pensión, objetivo que tenía como fin garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

1.5.- El recurso⁹.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada la apeló, a fin de que se revoque; y en caso contrario, se de aplicación al principio procesal de la *no reformatio in pejus* en lo que se refiere a la deducción legal de aportes, ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia impugnada.

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

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

Así mismo, anotó, que tanto la indexación como los intereses moratorios, no podían aplicarse discrecionalmente por la administración, ello solo se podía

⁸ Sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09)

⁹ Folios 58 - 79 del cuaderno de primera instancia

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

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 29 de octubre de 2018¹⁰, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

-. En proveído de 6 de diciembre de 2018¹¹, 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, guardaron silencio.

Vale anotarse, que el memorial obrante a folios 6 – 19 del cuaderno de segunda instancia, no puede tenerse como alegato de conclusión, ni solicitud alguna, en tanto, (i) fue presentado por fuera del término concedido para formular alegatos y (ii) lo ahí anotado, constituye un verdadero alegato de conclusión, que dado lo anotado, no puede ser considerado.

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

¹⁰ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 23 del cuaderno de segunda instancia.

circunscribe en determinar: ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, previo a la adquisición del status de pensionada?

2.3.- Análisis de la Sala.

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

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

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

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

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

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

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

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

Vale la pena mencionar, además, que la Ley 6 de 1945 estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares como para los empleados públicos¹²; 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”.

¹² RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

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 social¹³.

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.

¹³ ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

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 párrafo 2 del art. 1º de la Ley 33 de 1985. Por su parte, los docentes

hombres con vinculación nacional se pensionan con 55 años de edad, sin excepción.

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

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

2.3.2. El régimen de los docentes, a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa, expresamente, de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

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

De la norma transcrita se desprende, que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio, a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad

de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes, se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;
- b) Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003, se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;

c) Los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 91 de 1989¹⁴ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

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

2.3.3. Liquidación de la pensión docente, bajo el régimen de la Ley 33 de 1985.

En cuanto a la base de liquidación, la Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3º, los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Frente a la enumeración efectuada en la Ley 33 de 1985, se precisa que anteriormente, por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), se consideró que

¹⁴ "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:...

"2. Pensiones:

"A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

"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."

el listado señalado en el artículo 3° 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.

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 2019¹⁵, 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 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.***

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

¹⁵ 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.

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 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 años¹⁶. 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

¹⁶ 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.

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	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%</u> ¹⁷ (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
<p>Último año de servicio docente</p> <p>(literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° de la Ley 33 de 1985)</p>	<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 <p>(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</p>	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<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 <p>(Decreto 1158 de 1994)</p>
	<p>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.</p>		

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

¹⁷ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

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 ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE, nació el día 22 de octubre de 1955¹⁸.

-. El accionante ingresó al servicio público educativo, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 (18 de marzo de 1994, conforme se anota a folios 16 y 18 del cuaderno de primera instancia), razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

¹⁸ Según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 12 del cuaderno de primera instancia.

-. A través de Resolución No. 0553 del 27 de abril de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental, le reconoció al señor ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE, una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1.908.107.00, efectiva a partir del 18 de mayo de 2014, como **docente nacional**; tomando como base el 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al *status*, con la inclusión de *la asignación básica, promedio de horas extras y prima de vacaciones*¹⁹.

-. El señor ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE, prestó sus servicios como docente desde el 1º de mayo de 1994²⁰ y devengó durante el último año de servicios previo a la adquisición del *status* de pensionado – 18 de mayo de 2013 – 18 de mayo de 2014-, los siguientes factores salariales: **asignación básica, bonificación mensual Dec. 1566 de 2014, horas extras, prima de servicio, prima vacacional y prima de navidad**²¹.

-. El demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad parcial de la resolución aludida, solicitando consecuentemente, la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del **status**.

-. El A-quo, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del señor ALFREDO MARTÍN AGUAS LASTRE, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales devengados durante el último año de servicio previo al retiro definitivo: *asignación básica, bonificación mensual, horas extras, prima de servicio, prima vacacional y prima de navidad*. Ello en atención a la posición que para la fecha y sobre la materia, mantenía el Consejo de Estado.

¹⁹ Folios 16 - 17 del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Según se desprende del acto de reconocimiento pensional. Vale anotarse, que el certificado de tiempo de servicios obrante a folio 19 del cuaderno de primera instancia, indica que las labores empezaron el día 18 de marzo de 1994; empero, al no estar en discusión el derecho pensional, tal tópico no hace diferencia para lo que aquí interesa, salvo frente a la precisión de las fechas, como se denota adelante.

²¹ Constancia de factores salariales visible a folio 18 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 radica en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida; siendo ello así, es menester acudir a la nueva regla jurisprudencial del Consejo de Estado que interpreta cuáles son los factores que se deben considerar 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 indicado²².

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

En ese orden de ideas, del acervo se desprende que el señor Aguas Lastre, durante el último año de servicios previo a la adquisición de su **status** de pensionado, devengó, aparte de los factores ya liquidados (asignación básica, sobresueldo y prima de vacaciones), la **bonificación mensual mensual (Decreto 1566 de 2014²³)**, la cual, si bien no se encuentra incluida en el listado taxativo de la Ley 62 de 1985, lo cierto es, que conforme lo dispuesto en el artículo 1º del citado decreto, la bonificación mensual *“constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes”*.

Vale anotar, que conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, le corresponde al Presidente de la República hacer cumplir la ley y ejercer la potestad reglamentaria para su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, los Decretos Reglamentarios son necesarios para observar el contenido implícito y la finalidad e intención fijada por el legislador, especialmente cuando los mismos se inscriben como desarrollo de leyes

²² 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.

²³ *“Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.”*

marco (Ley 4 de 1992, para el caso), pues, su contenido lo que busca es acompasar la cambiante realidad con la normatividad.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, cuando dice:

“En cuanto hace a las llamadas leyes marco o leyes cuadro, ha señalado la jurisprudencia que son aquellas que implican “una nueva relación entre el Legislativo y el Ejecutivo, en la medida en que éste último colabora activamente con el primero en la regulación de la materia correspondiente, de forma tal que el Congreso fija las pautas generales y directrices que habrán de guiar la regulación, mientras que el Ejecutivo completa, precisa y determina la reglamentación específica del asunto de que se trate”²⁴. En ese contexto, la razón de ser de las leyes marco, lo ha dicho la Corte, “radica en la existencia de asuntos cambiantes que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente; regulación que, en esas condiciones, el Congreso no está en posibilidad de expedir, y en los cuales el Ejecutivo, en cambio, sí dispone de las capacidades para reaccionar prontamente adecuando las regulaciones”²⁵. Sobre ese tipo de leyes, habrá de señalarse que, aun cuando por su intermedio el Congreso fija las pautas generales o directrices de las materias expresamente señaladas en el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política (comercio exterior y régimen cambiario internacional, régimen de aduanas, actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo de recursos captados del público, y régimen salarial y prestacional de empleados públicos y trabajadores oficiales), las mismas no están sometidas a un trámite legislativo especial y, por tanto, no difieren por ese aspecto de las leyes ordinarias, motivo por el cual se entienden inscritas en esta última categoría legislativa”.

En tal razón, tratándose las leyes marco de una clasificación de las leyes ordinarias, enfrentadas las mismas a leyes como la Ley 33 de 1985 –que a su vez tiene el carácter de ley ordinaria-, que aparentemente determina de manera definitiva, para el caso tratado, cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para fijar el IBL en materia pensional, la conclusión que surge es que ambas normatividades se complementan, en tanto, teniendo la misma jerarquía, regulan un tema que el legislador dispuso en tal sentido, por ende, un decreto reglamentario como el comentado, siendo el

²⁴ Sentencia C-579 de 2001.

²⁵ Sentencia C-438 de 2011.

desarrollo de la Ley marco habilitante, alcanza la misma condición de una norma como la contenida en la Ley 33 de 1985.

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

En cuanto a la **prima de servicio 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.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que la decisión de primera instancia, debe ser modificada en cuanto a los factores que se ordenaron incluir en la reliquidación pensional, conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a excluir *la prima de servicio y la prima de navidad*.

3. CONDENA EN COSTAS.

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

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 23 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **EXCLUIR** la **prima de servicio** y la **prima de navidad**, como factores, para reliquidar la pensión de la accionante.

CONFIRMAR en lo restante el fallo recurrido.

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0085/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA