

13-001-33-33-008-2014-00307-01

Cartagena de Indias D. T. y C, cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-008-2014-00307- 01
<b>Demandante</b>	ELOISA MATOREL CASTRO.
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG).
<b>Tema</b>	Regímen pensional de los docentes y su reliquidación pensional.
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo (08) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2. LA DEMANDA

#### 2.1. Pretensiones (Fls. 1 – 2)

El apoderado de la señora ELOISA MATOREL CASTRO solicita que declare la nulidad parcial de la Resolución N° 251 de 28 de febrero de 2007, por medio de la cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), al pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.

Así como que se hagan los ajustes de Ley sobre la mesada resultante, y el pago de los intereses de mora sobre las sumas adeudadas.

#### 2.2. Hechos (Fl. 2)

Asegura el mandatario que la señora ELOISA MATOREL CASTRO nació el 28 de junio de 1951, le reconocieron pensión vitalicia por haber prestado sus servicios



13-001-33-33-008-2014-00307-01

durante más de veinte años, por medio de la Resolución N° 521 de 28 de febrero de 2007.

Por consiguiente, en el mencionado acto administrativo se liquidó la pensión teniendo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son: la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Ante este hecho no se interpuso recurso alguno, pues el que cabía de reposición no era obligatorio.

### **2.3. Normas violadas y cargos de nulidad.**

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1. Constitucionales.

Artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 84 de la Constitución Política

2. Legales:

- a). Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal b.
- b). Ley 33 de 1985.

### **3. LA CONTESTACIÓN (Fls. 66 - 77)**

La apoderada de la parte demandante se opuso a todas las pretensiones de la demanda, pues afirma que carecen de fundamento fáctico y jurídico, en la medida en que el acto administrativo acusado se encuentra amparado por la presunción de legalidad y no se acredita por lo menos sumariamente que se haya expedido con infracción de las normas en que debía fundarse.

Además de ello interpuso las siguientes excepciones previas:

- a). Inexistencia de la obligación.
- b). Pago de lo no debido.
- c). Prescripción.
- d). Compensación.
- e). Excepción genérica o innominada.
- f). Buena fe

### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 92 - 109)**

El Juzgado Octavo (08) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 07 de septiembre de 2015, concedió las pretensiones de la demanda, en el sentido que encontró ajustado a derecho que al demandante se le re liquide su pensión de vejez, con inclusión del salario básico y los factores salariales solicitados por el actor correspondiente a la prima de navidad y prima de vacaciones.



La anterior decisión la fundamentó en que del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones, para quienes a primero de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres, 40 años si son hombres o 15 años o más de servicio cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto a tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Por lo cual, en lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consideró que dicha disposición normativa no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiaria del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones, tomando de cada una de ellas, aquello que resulte más favorable. Sin embargo, excepcionalmente en los casos que por favorabilidad resulte más beneficioso aplicar el promedio de los últimos 10 años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa.

## **5. RECURSO DE APELACIÓN**

### **De la parte demandada (Fls. 113 - 118)**

La parte demandada luego de un recorrido jurídico en el que expone las diferentes normas aplicables a los docentes, arguye que si bien los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Art. 5° del Decreto 224 de 1979), pueden gozar de pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e incluso de pensión gracia y pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 60 de 1993 y 115 de 1994, lo que permite aceptar que de alguna manera gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional, ello no implica que en materia pensional disfruten de un régimen especial.

Lo anterior, con base en que un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las estipuladas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, que por ende a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones.





13-001-33-33-008-2014-00307-01

Por tal hecho considera que hierra el A – quo en su decisión de ordenar al FOMAG a la relliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

## **6. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto N° 198/2016 de fecha 29 de abril de 2016 (Fl. 126), se admite el recurso de apelación y con auto N° 431/2016 de fecha 16 de agosto de 2016 (Fl. 130), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## **7. ALEGACIONES**

**7.1.** La parte demandada presentó sus alegatos. (Fls. 133 - 138)

**7.2.** La parte demandante no alegó de conclusión.

## **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público no emitió concepto.

### **III.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

### **IV- CONSIDERACIONES**

#### **4.1. Competencia**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

#### **4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a



13-001-33-33-008-2014-00307-01

la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la capacidad de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional, que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**"Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que opera tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

#### 4.3. Problema jurídico.

La presente decisión se enmarcará en el desarrollo de la siguiente pregunta problémica:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia, y denegar todas las pretensiones de la demanda, dejando en firme el acto administrativo acusado?

#### 4.4. Tesis

La Sala de decisión modificará la sentencia de la primera instancia pues distinto a lo expresado por el A- quo, quien incluye el caso de la señora MATOREL CASTRO al grupo de sujetos beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ésta Sala determina en

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





13-001-33-33-008-2014-00307-01

armonía con lo expuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989, parágrafo transitorio del artículo 48 Constitucional y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que los docentes mantienen un régimen pensional especial, que ha tenido una evolución a lo largo de la historia, **siendo vigente en la actualidad la regla que implica que los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 tendrán en materia pensional la regulación de las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, mientras que para los vinculados después de la Ley 812 de 2003 serán regidos por la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003.**

Por lo cual al precisarse que la actora es destinataria de las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, se efectúa su reliquidación pensional teniendo en cuenta los factores acreditados por ésta en su último año de servicios, tal y como lo efectuó el A - quo.

Lo anterior con base a que se seguirá el criterio enunciativo de los factores salariales impuesto como precedente por el Consejo de Estado, por el hecho que el señor GARRIDO MÉNDEZ no es destinatario de las normas del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sino por el contrario pertenece a un régimen exceptuado como es el de los docentes.

En ese orden, es pertinente establecer que pese a ser confirmada la sentencia de primera instancia, se tendrá como sustento normativo y jurisprudencial lo consignado en la parte motiva de esta providencia, pues no concuerda con la realidad jurídica la tesis planteada en primera instancia, donde se asegura que los docentes son beneficiarios del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

#### **4.5. Marco normativo y jurisprudencial.**

##### **4.5.1. Del régimen pensional de los docentes en Colombia, sus generalidades y evolución normativa.**

La educación concebida como el proceso continuo, inacabado y permanente que le permite al hombre trascender de su estado de individuo a persona, en Colombia ha sido orientada de manera "formal" entre otros por el personal de docentes oficiales al servicio del Estado, quienes en virtud del desempeño de tal labor, al cesar su etapa productiva son acreedores al reconocimiento de la pensión de jubilación.

Esta prestación se concede al configurarse los requisitos mínimos que debe cumplir cada docente, los cuales varían de acuerdo a la época en que se efectúe la vinculación del educador, ello en razón a que el régimen pensional general de estos servidores públicos ha cambiado y evolucionado en tres



13-001-33-33-008-2014-00307-01

grandes momentos históricos: *i)*, Antes de la Ley 91 de 1989, *ii)*, En vigencia de la Ley 100 de 1993 y *iii)*, Con la expedición del Acto legislativo de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, los cuales se desarrollan en los siguientes términos:

**1. Primer momento: Antes de la Ley 91 de 1989.**

En esa etapa la pensión de jubilación de docentes era regulada por la Ley 6 de 1945, el Decreto 1160 de 1947, el Decreto 1743 de 1966, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969 y la Ley 71 de 1988, normas que determinaron un régimen pensional especial para los docentes, que coexistía con la variedad de regímenes pensionales de los otros tipos de trabajadores del momento.

De esa forma dicho régimen mantenía como requisitos para obtener la pensión de jubilación los siguientes:

- Edad: 50 años
- Tiempo: 20 años de servicio
- Monto: 75%
- IBL: Promedio de salarios devengados durante el último año de servicio
- Factores salariales: Todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono.

Por consiguiente, es pertinente establecer que la anterior prestación a la altura de éste tiempo era compatible con la "Pensión de Gracia" reglamentada por la Ley 114 de 1913, la Ley 37 de 1933 y la Ley 43 de 1945, creada en un principio exclusivamente para los maestros de la básica primaria, siendo luego extendida a los docentes normalistas, inspectores de instrucción pública y a los docentes que laboraron en Instituciones Educativas de la Básica secundaria.

**2. Segundo momento: En vigencia de la Ley 100 de 1993.**

En esta instancia al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se crea un Sistema General de Pensiones, que tiene como objeto principal acabar con la pluralidad de regímenes pensionales existentes hasta ese momento, dejando un macro sistema que se subdividía en dos regímenes *i)*, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y *ii)*, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



13-001-33-33-008-2014-00307-01

Sin embargo, el anterior sistema no acabó en forma absoluta con los regímenes pensionales anteriores, pues permitió la existencia de algunos de ellos, tal es el caso del régimen de los docentes, como se evidencia en el inciso segundo del artículo 279 de la norma precitada así:

*"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

*Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será compatible de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

*Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.*

*Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol" (Negritas fuera de texto).*

De lo que se desprende, que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) serán los eximidos de la regulación de la Ley 100 de 1993. Por ende, al establecer el artículo 4º de esa ley lo siguiente:

*"Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica". (Negritas fuera de texto).*

Se colige, que todos los docentes son vinculados al FOMAG por tanto todos quedan exceptuados de la Ley 100 de 1993, teniendo un régimen especial que



13-001-33-33-008-2014-00307-01

se subdivide en dos sub regímenes, en virtud de lo contemplado en el párrafo del artículo 2º de la Ley 91 de 1989 así:

*"Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

*Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975"*

Dicha norma fue creada 5 años después del proceso de nacionalización de la educación, que se dio con la expedición de la Ley 43 de 1975, con la cual se igualan las condiciones salariales para los docentes nacionalizados, territoriales y nacionales, dejando sin objeto de existencia la pensión gracia, que fue instituida precisamente porque los docentes de primaria percibían salarios más bajos que los de secundaria vinculados a la Nación, por tanto el legislador procura colocar un límite de reconocimiento a una prestación que quedó sin razón de ser.

Es en éste contexto que se estipulan los dos sub regímenes *i)*, uno para los docentes nacionales y nacionalizados cuyas prestaciones se causen a partir del 29 de diciembre de 1989 a los que se aplicarán las normas prestacionales del orden nacional y *ii)*, otro para los docentes nacionales y nacionalizados cuyas prestaciones se causen con anterioridad al 29 de diciembre de 1989 cuyas normas pensionales serán las que rigen a cada entidad territorial a la que se encontraban vinculados, tal y como se ilustra a continuación:

PENSIONES DE DOCENTES SEGÚN LEY 91 DE 1989	
ANTES DE 29 DE DICIEMBRE DE 1989	DESPUES DE 29 DE DICIEMBRE DE 1989
- Se aplicarán las normas prestacionales de cada entidad territorial a la que se encontraba vinculado el docente.	- Se aplican las normas prestacionales de los servidores públicos del orden nacional como son la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985.

Es así, como para la obtención de la prestación objeto de estudio, esto es la pensión de jubilación ordinaria, los docentes tanto nacionalizados, territoriales como los nacionales vinculados antes de 29 de diciembre de 1989 y después de 29 de diciembre de 1989 debían cumplir con los siguientes requisitos:

Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 1160 de 1947, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985.

**Antes de 29 de diciembre de 1989.**

- Edad: 55 años
- Tiempo: 20 años de servicio.



- Monto: 75%
- IBL: Salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.
- Factores salariales: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

**Después de 29 de diciembre de 1989.**

- Edad: 55 años
- Tiempo: 20 años de servicio.
- Monto: 75%
- IBL: Promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.
- Factores salariales: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

**3. Tercer momento: Con la expedición del Acto legislativo N° 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política.**

Al emitirse el acto legislativo N° 1 de 2005 se adicionan varias prerrogativas al artículo 48 de la Constitución Política, concerniente al derecho a la seguridad social, entre ellas el párrafo transitorio N° 1 así:

"Artículo 48.

(...)

**PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** *Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente: 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la*





13-001-33-33-008-2014-00307-01

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 lo que se predica que en este momento histórico se crean dos nuevos regímenes pensionales, *i)*, Los docentes vinculados en virtud del Decreto 2277 de 1979 antes de la Ley 812 de 2003 y *ii)*, Los vinculados en virtud del decreto 1278 de 2002 después de la entrada en vigencia del Decreto 812 de 2003, como lo indica el artículo 81 así:

Así las cosas, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81, inciso 1º reproduce la prescripción Constitucional de la siguiente forma:

*"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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 vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente 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*

*(...)"*

Determinando que en la actualidad el régimen pensional de los docentes se fija a partir del año y tipo de vinculación que estos ostenten, pues los nombrados **antes de la Ley 812 de 2003**, según el Decreto 2277 de 1979, que regula toda la función docente de esa época, en cuanto a la significación de la profesión, sistema de nombramiento, provisión de cargos, escalafón, ascenso, derechos, deberes, prohibiciones, sanciones, entre otras generalidades, se encuentran regulados por la Ley 91 de 1989.

Por su parte, los vinculados **después de la Ley 812 de 2003**, bajo los parámetros del Decreto 1278 de 2002, que fija nuevos lineamientos sobre la labor docente, en cuanto al sistema de ingreso, concurso de méritos, carrera, ascenso, inhabilidades, incompatibilidades entre otras generalidades, son regidos en cuanto a pensiones por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, como se visualiza a renglón seguido:

REGÍMENES PRESTACIONALES DE LOS DOCENTES OFICIALES	
Vinculados antes de la Ley 812 de 2003	Vinculados después de Ley 812 de 2003
- Vinculados en virtud del Decreto 2277 de 1979.	- Vinculados en virtud del Decreto 1278 de 2002



13-001-33-33-008-2014-00307-01

<b>Prestaciones según:</b> - Ley 91 de 1989 - Ley 33 de 1985 - Ley 62 de 1985	<b>Prestaciones según:</b> - Ley 100 de 1993 - Ley 797 de 2003.
--	--

En ese orden de ideas, los elementos de la pensión de uno y otro régimen son diferentes tal y como se visualiza a continuación:

**Elementos de pensión de los docentes vinculados antes de Ley 812 de 2003, bajo Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985.**

- Edad: 55 años
- Tiempo: 20 años de servicio.
- Monto: 75%
- IBL: Promedio mensual del último año de servicios.

Factores salariales: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

**Elementos de pensión de los docentes vinculados después de la Ley 812 de 2003, bajo Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y Decreto 1158 de 1994.**

- Edad: 57 años de edad.
- Tiempo: 1000 semanas (20 años de servicios).
- Monto: 75%
- IBL: El promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión
- Factores salariales: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o



13-001-33-33-008-2014-00307-01

realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados.

Lo anterior se condensa ilustrativamente en el siguiente cuadro comparativo:

REGÍMEN PENSIONAL DE DOCENTES OFICIALES Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA							
Elementos	Sub regímenes	Norma aplicable	Edad	Tiempo	Monto	IBL	Factores salariales
Momento Histórico							
1. Antes de la Ley 91 de 1989.	N.A	-Ley 6 de 1945. - Decreto 1743 de 1966. - Decreto 1160 de 1947. -Ley 4 de 1966.	50 Años.	20 Años de servicios.	75%	Promedio de salarios devengados durante el último año de servicios.	Todo lo que recibe el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente una remuneración ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se dan por motivo de licencia del posista.
2. En vigencia de la Ley 100 de 1993 – Ley 91 de 1989.	Antes de 29 diciembre de 1989.	-Ley 6 de 1945. - Decreto 1743 de 1966. - Decreto 1160 de 1947. -Ley 4 de 1966.	55 Años.	20 Años de servicios.	75%	Salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.	Asignación básica, gratos de representación; primas de antigüedad, técnica, accesorial 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.
	Después de diciembre de 1989.	- Ley 33 de 1985. -Ley 6 de 1945. -Ley 62 de 1985. -Ley 91 de 1989.	55 Años.	20 Años de servicios	75%	Salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.	Asignación básica, gratos de representación; primas de antigüedad, técnica, accesorial 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.
3. Con la expedición del Acto Legislativo N° 1 del 2005.	Vinculados antes de la Ley 812 de 2003.	-Ley 91 de 1989. -Ley 33 de 1985. - Ley 62 de 1985.	55 Años.	20 Años de servicios.	75%	Salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.	Asignación básica, gratos de representación; primas de antigüedad, técnica, accesorial 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.
	Vinculados después de la Ley 812 de 2003.	-Ley 100 de 1993. -Ley 797 de 2003. -Decreto 1158 de 1994. - Sentencia SU – 395 de 2017. - Decreto 3752 de 2003.	57 Años.	1000 Semanas cotizadas o 20 Años de servicios.	75%	El promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión	a) La asignación básica mensual; b) los gratos de representación; c) la prima técnica, cuando sea factor de salario; d) las primas de antigüedad, accesorial y de capacitación cuando sean factores de salario; e) la remuneración por trabajo dominical o festivo; f) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) la bonificación por servicios prestados.



#### 4.5.2. De la liquidación de la pensión y los factores a tener en cuenta.

Para la liquidación del Ingreso Base de Liquidación de la pensión de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se tendrá en cuenta el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, de acuerdo a su régimen, mientras que para los maestros vinculados después de la Ley 812 de 2003 se calculará dicho elemento pensional con fundamento en el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el profesor durante los diez años anteriores al reconocimiento de la prestación.

Ahora bien, con respecto a los factores salariales para el caso de los docentes nombrados antes de la Ley 812 de 2003 se incluirán los dispuestos en la Ley 33 de 1985, y la Ley 62 de 1985. Sin embargo, se deja por sentado que ésta Sala de decisión se ceñirá a lo determinado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre los factores salariales, en sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 4 de agosto de 2010 y la sentencia de 09 de febrero de 2017, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda así:

*La jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con los factores salariales que integran el ingreso (salario) base de liquidación de la pensión establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, ha sentado el sentido que no debe interpretarse forma taxativa, sino meramente enunciativa; porque se vulnera el principio de progresividad, de igualdad, de primacía de la realidad sobre las formalidades. En efecto, ha enseñado" (Negritas fuera de texto).*

De lo que se desprende, que en efecto aunque la norma reguladora de una pensión implique el reconocimiento de un listado de componentes del salario, no necesariamente serán esos los únicos que pueden contribuir a la liquidación de la pensión, pues estos si y sólo si son percibidos por el trabajador de forma habitual, continua y permanente, aunque no hayan sido incluidos en la operación de liquidación de la pensión, efectuada por el fondo de pensiones, si el titular del Derecho solicita la inserción de éstos emolumentos por vía judicial, es totalmente ajustada a Derecho y procedente tal inclusión.

Lo anterior no riñe con la prescripción normativa del artículo 48 Constitucional, el cual enseña que para la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, pues en un plano de igualdad y equilibrio entre la protección al erario público y la protección a los derechos laborales de los Colombianos, es posible ordenar los debidos descuentos a que haya lugar, en razón de los emolumentos reconocidos y no cotizados, siendo de esa forma ajustados a los mandatos constitucionales y congruentes con la realidad fáctica de cada



13-001-33-33-008-2014-00307-01

usuario, tal y como lo expresa el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con Consejero Ponente Cesar Palomino Cortés, de fecha 9 de febrero de 2017 así:

*"Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho".*

Por su parte, la liquidación pensional de los docentes vinculados después de la expedición de la Ley 812 de 2003, se reglamentará con base a la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y el Decreto reglamentario de la Ley 812 de 2003, como es el Decreto 2341 de 2003, que al establecer en su artículo 2º lo siguiente:

*"Artículo 2º. Ingreso base de cotización. El ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicione" (Negritas fuera de texto).*

Impone entonces por ministerio de la Ley la obligación de ceñir la liquidación pensional de los docentes únicamente a los emolumentos contenidos en el decreto 1158 de 1994, sin tener en cuenta ningún otro, es decir los siguientes:

*"(...)  
a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados;  
(...)"*

Finalmente se expone, que ésta Sala de decisión acoge la tesis de la Corte Constitucional sobre factores salariales y no la línea pacífica y garantista del Consejo de Estado como nuestro Tribunal de cierre, en virtud de que el tema central esto es la pensión (sin discriminar el régimen bajo el que se enfoque), constituye una materialización del derecho fundamental a la Seguridad Social, enmarcado en el artículo 48 de la Constitución Política, por tanto su desarrollo y regulación será a cargo de la Corte Constitucional, como ente al que se le confía la guarda y custodia de la Constitución, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 241 Superior.



**4.6. El caso concreto.**

**4.6.1. Hechos relevantes probados.**

a). Con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio visible a folio N° 26 se acredita que la señora Eloisa Matorel Castro se posesionó el día 30 de abril de 1973, es decir pertenece al régimen de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

b). Con la copia simple del acto acusado (Fl. 22) se verifica que a la liquidación de la pensión de la actora se aplicaron las Leyes: 33 de 1985, 6 de 1945, 238 de 1995 y el Decreto 3752 de 2003.

c). Con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salario ostensible a folio 24, se prueba que los factores salariales devengados durante el último año por la señora MATOREL CASTRO fueron: prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo básico, horas extras de julio a diciembre y horas extras nocturnas de marzo a diciembre.

d). Con lo expuesto en el acto demandado así:

Que el docente adquirió el Status de jubilado **28 de junio de 2006**, fecha en la que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bolívar.

Que los factores que sirvieron como base para la liquidación son:

FACTORES	VALOR \$
ASIGNACION BASICA	\$ 1.660.656,00
Por lo tanto el Salario base de liquidación es	\$ 1.660.658,00
<b>TOTAL A PAGAR</b>	<b>\$ 1.245.492,00</b>

El valor de la mesada pensional corresponde al 75% del promedio de factores salariales devengado en el último año de servicio anterior al Status.

Se acredita que en la liquidación de la pensión de la señora ELOISA MATOREL CASTRO, se tuvo en cuenta para la promediación del monto sólo la asignación básica.



13-001-33-33-008-2014-00307-01

#### 4.6.2 Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el ejercicio de contrastar lo probado en el expediente, con lo expuesto por vía jurisprudencial y normativa en el presente caso, se puede decir que la liquidación pensional realizada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), donde se calcula el porcentaje de la pensión con base a lo devengado en el último año de servicios, y se promedia la mesada pensional incluyendo sólo la asignación básica, Si se ajusta a la tesis adoptada por la Sala de decisión.

Lo anterior en razón, a que ésta Sala de decisión respecto de la liquidación de la pensión de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, para el trámite de la liquidación con inclusión de los factores salariales, adopta la tesis del Consejo de Estado, que impone el carácter enunciativo de los emolumentos dispuestos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, tal y como se expuso en el acápite de marco normativo.

En ese sentido, al verificar con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral ostensible a folio 26, que la señora MATOREL CASTRO tiene una vinculación de carácter nacionalizada, que data desde el 13 de abril de 1973, se establece que la docente pertenece al régimen pensional de maestros oficiales vinculados **antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual las Leyes para ella aplicable en materia pensional son la 33 de 1985 y 62 de 1985, y no el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, como lo determinó el A quo.

Pues, como se desarrolló en el marco normativo y jurisprudencial, los docentes mantienen un régimen pensional especial, que ha tenido una evolución a lo largo de la historia, **siendo vigente en la actualidad la regla que implica que los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 tendrán en materia pensional la regulación de las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, mientras que para los vinculados después de la Ley 812 de 2003 serán regidos por la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003.**

En ese orden de ideas, al precisarse que la actora es destinataria de las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, se pasa a estudiar si procede su reliquidación pensional incluyendo todos los factores devengados en el último año, determinando que como la accionante **no es destinataria de las normas del régimen de transición del nuevo Sistema General de Pensiones, sino de un régimen exceptuado de dicho sistema, para él no aplica la tesis de la Corte Constitucional sobre el sentido taxativo de los emolumentos, sino por el contrario el precedente del Consejo de Estado, que posibilita la inclusión de**

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





13-001-33-33-008-2014-00307-01

**aquellos factores que aunque no se encuentren nombrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, hayan sido devengados de forma habitual, periódica y permanente por el empleado.**

Es así, como al valorarse el hecho probado del literal e), donde se acredita que la señora MATOREL CASTRO devengó durante su último año de servicios la prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo básico, horas extras de julio a diciembre y horas extras nocturnas de marzo a diciembre, resulta procedente su inclusión en la reliquidación pensional, ordenando además que con aras de ceñirse a lo estipulado en el artículo 48 Constitucional y de mantener la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, se realicen los debidos descuentos a que haya lugar, si de alguno de los mencionados emolumentos no se han perpetrado las cotizaciones.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia pues resulta ajustado a derecho declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 521 de 28 de febrero de 2007, por la cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la señora ELOISA MATOREL CASTRO, lo que implica que el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, donde ésta pretendía la revocatoria de la sentencia de primera instancia, es resuelto en sentido desfavorable.

#### **4.6.3. Condena en costas en segunda instancia.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los requerimientos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, al ser resuelto en sentido desfavorable el recurso de apelación interpuesto, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha siete (07) de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo Oral del Circuito de



13-001-33-33-008-2014-00307-01

Cartagena, pero teniendo como sustento normativo y jurisprudencial lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

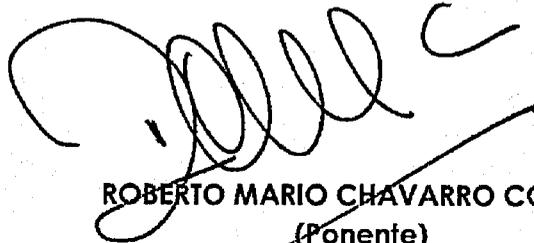
**TERCERO: NOTIFÍQUESE** la presente sentencia en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

**CUARTO: DEVUELVA** el expediente al Juzgado de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia XXI"

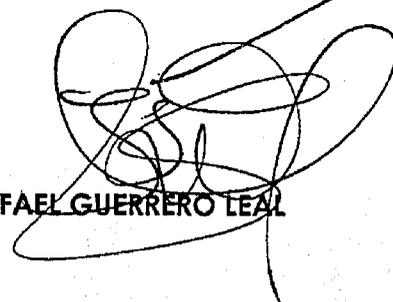
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

**LOS MAGISTRADOS**



**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
(Ponente)



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**

