El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 25 de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-00**3-2017-00232-01**
Demandante:	**Esmeralda Inés Álvarez López**
Demandado:	**Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.**
Procedencia:	Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Reliquidación de pensión / Factores salariales aplicables / Régimen de la Ley 33 de 1985 / Sentencia de unificación docentes*

1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019[1], en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley[2] y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho[3].

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 07 de septiembre de

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

[2] Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

[3] Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se concedieron las súplicas de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones[4]: La señora Esmeralda Álvarez Inés López, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicita la nulidad parcial de la Resolución **Nº 0461 del 26 de noviembre del 2015**[5], expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor de la demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se reconozca, reajuste y pague a la señora Esmeralda Álvarez Inés López, la pensión vitalicia de jubilación a partir del **04 de Agosto del 2015**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

2.2. Hechos relevantes[6]: La señora Esmeralda Inés Álvarez López manifiesta que laboró por más de veinte (20) años como docente oficial, por ello, cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que se le reconociera su pensión de jubilación reconocida por la Nación, Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, según se indicó en la Sentencia del 21 de noviembre de 1996 del C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Señala que en el reconocimiento de la misma, se omitió tener en cuenta **la prima de servicios, la prima de navidad, bonificación mensual Decreto 1566** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente, durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

---

4 Fl. 1 a 2 C. Ppal.
5 Folios 17 a 20 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.
6 Fl. 3 C. Ppal.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 28 de agosto de 2017[7], siendo admitida a través de auto calendado 08 de septiembre del 2017[8]. El 13 de diciembre de 2017[9], fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La audiencia inicial se celebró el 05 de septiembre de 2018[10], diligencia en la que se surtieron las etapas procesales de la misma, se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

2.4 Pronunciamiento de la parte demandada

2.4.1 La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG[11], contestó de forma oportuna, manifestando en cuanto a los hechos que algunos son ciertos, y los otros no los afirma, ni los niega si no que se atiene a lo que se demuestre en el trascurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, manifiesta que se oponen a todas y cada una de ellas, aduciendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían 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 los profirió.

Proponiendo como excepciones en la contestación de la demanda la de ineptitud de la demanda; no agotamiento vía gubernativa; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción; falta de legitimidad en la causa por pasiva; compensación; excepción genérica o innominada.

Como fundamentos de derecho arguye que la entidad actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad

---

7 Fl. 25 del C. Ppal
8 Fl. 26 C. Ppal
9 Fl. 34 C. Ppal
10 Fls. 74 a 82 C. Ppal.
11 Fls. 39 a 53 C. Ppal.

encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Expuso que la pretensión de la demandante no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

Manifestó que al acreditar los supuestos señalados en el art. 1º de la Ley 33 de 1985, a saber: 20 años de servicio y 55 años de edad, procedió a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación, como consta en la Resolución Nº 0461 del 26 de noviembre de 2015.

Expresó que la discrepancia de la actora radica en que la entidad no tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión todos los factores salariales de prima de antigüedad, prima de vacaciones entre otros, los cuales aduce que debieron ser incluidos, por lo tanto impetra se reliquide su pensión, lo cual es contrario a derecho, razón suficiente para no tener en cuenta los factores aludidos por la demandante y los demás factores generados durante el año status de pensión.

Sobre este particular, trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, entre ellas una de la Sección Segunda con ponencia de la doctora Berta Ramírez de Páez Radiado bajo el Nº 250002325000304619-01, en la que se señala el tiempo, la edad y los factores salariales a aplicar al momento de determinar la base de liquidación de los aportes.

Expresó que en el tema objeto de debate con factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985 en su artículo 3º.

Indicó que para el caso de los docentes, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, previó que para los docentes Nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o las normas que se expidan en el fututo.

Puntualizó que, los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011 y la parte actora no acredita que estos hayan sido expedidos con alguna de las causales de anulación.

Finalizó concluyendo que, por todo lo expuesto, la demanda no está llamada a prosperar y solicitó que con base en sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones en el evento de ser condenados, se determine la actualización a valor presente (calculo actuarial) del pago que debe realizar el docente, por los factores sobre los cuales nunca se cotizó durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado que en sentencia del 19 de febrero de 2015 Nº Interno: 2328-2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en un proceso contra el FOMAG.

El Ministerio Público, en esta oportunidad no se pronunció al respecto.

2.5. Contestación de las excepciones[12]: La parte demandante señala las razones por las cuales no deben prosperar las excepciones propuestas por la entidad demandada, en este sentido, manifiesta que:

> • **La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda**: Como quiera que el acto administrativo demandado, le creó una situación jurídica a la demandante al reconocerle la pensión de jubilación, lo cual constituye un acto de fondo, la cual debió ser atendida respetando las disposiciones legales, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.
>
> • **La excepción de no agotamiento de la vía gubernativa:** No era obligatorio el agotamiento de la vía gubernativa, debido a que el acto demandado sólo procedía el recurso de reposición, el cual no es imperativo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativo (art.76 de la Ley 1437 de 2011).
>
> En este sentido, cita la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, esto es, sentencia proferida el 1 de marzo de 2001, del C.P. Alberto Arango Mantilla.
>
> • **La excepción de inexistencia de la obligación:** Manifiesta que la contestación no cuenta con los argumentos que sustenten su posición, no obstante, cita la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el cual no ha sido ajeno a esta circunstancia, tal como lo refiere la Sentencia de Unificación, *del 4 de agosto de 2010*, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, y la cual expresa que el alcance que tiene la normatividad territorial, es aplicable a las prestaciones sociales con respecto a la inclusión de los factores salariales en la pensión ordinaria de jubilación de los empleados públicos docentes. En consecuencia, es claro que la obligación reclamada si existe y es de obligatorio cumplimiento.
>
> • **Excepción de cobro de lo no debido:** Expresa que la entidad tenía un término perentorio para expedir el Acto Administrativo y para girar el valor de las cesantías, el cual fue excedido por la entidad demandada, por ende debe declararse no probada esta excepción, en virtud de lo anterior, cita las sentencias C-188 de 1993 de la Corte Constitucional, y las sentencias del Consejo de Estado, del 14 de agosto de 2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

[12] Fls. 59 al 67 C. Ppal.

• **Excepción de cobro de lo no debido:** Al respecto, señaló que las mesadas pensionales prescriben de conformidad con los Decretos Nacionales 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

• **La excepción de falta de legitimación por pasiva:** Señala que es clara la competencia del Ministerio de Educación Nacional, sin que pueda escudarse en que no expidió el acto administrativo, situación que no es solamente ha sido decantada por la jurisprudencia sino por el contenido normativo que determina la competencia del ente demandado, así las cosas, transcribe los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005, que si bien el reconocimiento de las pensiones está a cargo de las Secretarías de Educación de cada ente territorial certificada, esta actuación es meramente de suscripción, ya que dicho pago corresponde a un Fondo Prestacional de Carácter Nacional, tal como lo contempla el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 2381 del 16 de agosto de 2005, conforme a la Ley 91 de 1989 y al artículo 56 de la Ley 962 de 2005. En ese sentido, cita la sentencia del 21 de noviembre de 1996, C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en su parágrafo 2. En conclusión "*las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por citado fondo.*"

• **La excepción de compensación:** Aduce que su representado no le adeuda suma alguna a la entidad ejecutada, pues los pagos recibidos son el reconocimiento de sus prestaciones laborales, toda vez, que son derechos.

• **La excepción genérica o innominada:** "*La excepción no tiene vocación de prosperar, toda vez que se observan vicios o cualquier otra situación donde pueda declararse la misma, entre tanto cuando al administrado le asiste razón y declarada por el operador judicial, esta excepción queda relavada de cualquier oportunidad para prosperar.*"

2.6. Sentencia recurrida[13]: El Juez de instancia declaró la nulidad parcial del acto acusado, esto es la Resolución **Nº0461 del 26 de noviembre de 2015**, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Sincelejo- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la nulidad del acto demandado, condenó a la entidad demandada a reliquidar nuevamente la pensión de jubilación de la señora Esmeralda Álvarez Inés López. Así mismo, condenó al ente oficial a pagar al demandante, las costas procesales.

Como sustento de su decisión, señaló que al revisar el material probatorio que funge en el plenario se encuentra probado que mediante Resolución Nº0461 del 26 de noviembre de 2015, le fue reconocido y ordenado el pago de una pensión vitalicia de jubilación aplicando las reglas de la Ley 33 de 1985. Adquiriendo el estatus de pensionada el 04 de agosto de 2015.

13 Fls. 83 al 95 C. Ppal. – 07 de septiembre de 2018

Precisa el despacho que, en el acto de reconocimiento pensional, se aplicó una tasa de remplazo del 75 % del promedio de factores salariales devengados en el en el último año de servicios anterior al estatus y tomando como factor salarial para la liquidación de la pensión, la asignación básica mensual, horas extra y la prima de vacaciones.

Señaló que, en el último año inmediatamente anterior al estatus de pensionado, esto es, agosto de 2014 febrero de 2015, la actora devengó como factores salariales, además de la asignación básica salarial, horas extras y la prima vacacional; también devengó la prima de servicios, **la prima de navidad y la bonificación mensual consagrada en el Decreto 1566,** las cuales no fueron consideradas por el Fomag, al proferir la Resolución Nº 0461 del 26 de noviembre de 2015.

Conforme a lo anterior, afirma, que a la docente, que fue vinculada antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, se le debe reconocer la pensión de jubilación con las reglas de la Ley 33 de 1985 y tomando en consideración para determinar su monto, todos los factores salariales devengados el año inmediatamente anterior a la adquisición del status.

Aduce que, con el simple cotejo documental entre el acto de reconocimiento pensional y el certificado de salario, se vislumbra que el FOMAG, al reconocer y liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, tomó como factores salariales, **excluyendo la prima de servicios, la prima de navidad y la bonificación mensual consagrada en el Decreto 1566**; lo que consideró como una violación clara a los derechos de la actora.

En cuanto a las excepciones, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Así las cosas, fijó la nueva liquidación de la pensión de jubilación de la señora Esmeralda Inés Álvarez López, ordenando que se debe tener en cuenta no solo la asignación básica mensual, las horas extra y la prima vacacional, sino que debe incluir además **la prima de servicios, la prima de navidad y la bonificación mensual consagrada en el Decreto 1566**, devengada en el periodo comprendido entre agosto de 2014 y agosto de 2015; por ser el tiempo en que adquirió el estatus pensional, haciéndose efectiva a partir del 04 de agosto de 2015.

2.7. El recurso de apelación[14]: La entidad demandada, discrepa de la decisión del *A quo*, por lo tanto solicitó se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo el 10 de septiembre de 2018, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de la Resolución Nº0461 del 26 de noviembre de 2015, así mismo expresó que en el evento de no acceder a la revocatoria se dé aplicación al principio 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 resolutiva de la providencia impugnada.

Sustentó la alzada, en que el *A quo* tomó una decisión que no es ajustada 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 debido a que tal decisión no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Respecto de los factores salariales a tener en cuenta para efecto de la liquidación señala que en lo tocante a las primas, el Decreto 451 de 1984, excluye de manera expresa la aplicación del Decreto al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

En lo atinente al régimen salarial y prestacional, expresa que, a los docentes oficiales se le ha establecido un régimen especial dada las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos.

Expresa que, con la expedición del Decreto 1042 de 1978 el legislador lo que quiso fue limitar la aplicación de la norma sólo a los empleados públicos y negó claramente la aplicación de la misma a los docentes oficiales, en razón al régimen oficial que los cobija.

Posteriormente, realiza un estudio del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, expresando que es necesario aclarar cuál es la aplicación de la norma al establecer que "El fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones que continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o

14 Fls. 99 a 117 C. Ppal

posterior al 31 de diciembre de 1989, primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones"

Sostuvo que la prima de servicios para el personal docente y directivo docente no ha sido creada por la ley 91 de 1989, aclarando que cuando la norma habla de continuar hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgadas con fundamento en normativa previa.

Expresa que, la Ley 91 de 1989 hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salarios, deduciendo que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas y hacen referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por la Ley 91 de 1989 a favor de los docentes estatales dado que dicha norma solo hace alusión a aquellos que son obligatoriamente afiliados al Fondo, por consiguiente solo podría asumirse el reconocimiento de dicha prima con cargo a la Nación y en virtud de la Nacionalización de la Educación, en aquellos casos en que la prima de servicio le hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, en aplicación al artículo 58 de la Constitución Política sobre derechos adquiridos teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

En último orden, trajo a colación pronunciamientos de la H. Corte Constitucional de acciones de tutela en vía de revisión respecto de la prima de servicio de las que concluyó que la mencionada Corte no reconoce ni ordena pagar la prima de servicios contenida en la Ley 91 de 1989.

2.8. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 03 de julio de 2019,[15] se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 13 de agosto de 2019[16], se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.9. Alegatos de conclusión

La parte demandante: se abstuvo de presentar sus alegatos de conclusión.

---

[15] Fl. 4 Cdno Alzada
[16] Fl. 9 Cdno Alzada

La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG,[17] rindió sus alegatos de conclusión, expresando que el régimen deprecado por la demandante para liquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la fecha y tipo de vinculación es el establecido en la Ley 33 de 1985. Aduciendo que no es posible que se realice una aplicación acuciosa de la norma, en cuanto a la base de liquidación que expresamente se menciona, como quiera que si se llegara a dar aplicación a la norma se estaría desconociendo lo dispuesto en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, emitida por el H. Consejo de Estado. Y en la cual, realiza una interpretación diferente en la sentencia del 28 de agosto de 2018.

En consecuencia, plantea que no corresponde en el presente caso reliquidar la pensión de la señora Esmeralda Álvarez, toda vez que no es posible incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, por los argumentos esbozados en la sentencia de 25 de abril de 2019, antes señalada.

Trae a colación como ejemplo de aplicación del alcance de la sentencia de unificación, la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima (Rad. 339-2018).

Concepto del Ministerio Público: el delegado del Ministerio Público ante esta Colegiatura, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

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 delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, se resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que, según la ley aplicable al caso, no es viable que se le reconozca a la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada.

[17] Fls. 16 a 30 Cdno Alzada.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la señora **Esmeralda Inés Álvarez López** tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El régimen pensional docente, ii) La sentencia de Unificación de abril 25 de 2019 sobre los factores a considerar al momento de liquidar la pensión y, iii) Caso concreto.

3.2. Régimen pensional docente: En virtud del proceso de nacionalización, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales, la predicha Ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente:

> *"**Artículo 15º**.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: Ver art. 6, Ley 60 de 1993.*
>
> *1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Ver **Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil***
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. (Subrayado fuera de texto)*
>
> ***2.- Pensiones:***
>
> *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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren 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 está a cargo total o parcial de la Nación.*

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante *Sentencia C-489 de 2000*, ***siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.***

A. *Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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 nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.* ***Ver Artículo 211*** *Ley 115 1994* ***Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.***

B.

Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

"Artículo 18º.- Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo.

Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".

Parágrafo 1º*.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.*

Parágrafo 2º*.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de*

servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Radicación 479 de 1992. ***Sala de Consulta y Servicio Civil.***

De lo anterior se deprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión; y que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, dicha ley señala:

"*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:*

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley…".

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al siguiente tenor:

"ARTICULO 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 aquél 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 exceptúan 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.

(…)".

Luego la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

> *"ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".*

A su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece el nuevo Régimen prestacional de los docentes oficiales señalando:

> *"**Artículo 81**. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. 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."*

Igualmente, el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que:

> *"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 vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones". (Subrayado fuera del texto original)*

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que la señora Esmeralda Inés Álvarez López fue nombrada

como docente adscrita inicialmente al Departamento de Sucre, el 01 de febrero de 1980[18] y posteriormente adscrita al Municipio de Sincelejo en la Escuela Rural Villa Rosita, mediante OPS, desde el 05 de febrero de 1996[19]; por lo tanto le es aplicable la Ley 33 de 1985, por ser esta la que cobija a los empleados del sector público sin distinción alguna.

Ahora bien, la predicha Ley dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, norma esta que fue modificada por la Ley 62 la cual en su artículo 1º señala:

> ***Artículo 1º***. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.*
>
> *"(…) valga anotarlo, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en caso de no haberse cotizado sobre factores que deban ser tenido en cuenta, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.*
>
> *Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que*

---

18 Tal como consta en la Resolución Nº 0461 del 26 de noviembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación de Sincelejo.

19 Folio 23 -De acuerdo con el formato único para expedición de certificados de historia laboral, emanado de la Secretaria de Educación de Sincelejo, fecha que no coincide con la resolución Nº 0461 del 26 de noviembre de 2015; sin embargo, no está en discusión la fecha de adquisición del status.

en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera cotizado, se ordene realizar los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."

Es pertinente aclarar, que respecto del Ingreso Base de Liquidación previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es posible su aplicación a los docentes por dos razones:

- La primera, por cuanto este es aplicable a aquellos servidores que pertenezcan al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y
- En segundo lugar, debido a que fue la misma Ley en su artículo 279, la que excluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social de la precitada ley 100.

3.3. Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019[20] del 25 de abril de 2019, varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esa Corporación en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluirán todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Señaló la alta Corporación que debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la sub regla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

Expresó que en dicha sentencia de unificación la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, en un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto 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

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración 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, la cual se transcribe in extenso:

3.3.1. Pensión Ordinaria de Jubilación de los Servidores Públicos del orden Nacional previsto en la ley 33 de 1985:

> ***"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.***
>
> 63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.
>
> 64. 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 1º de la Ley 62 de 1985.
>
> 65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.
>
> 66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, **están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993** que establece un régimen de transición y fija

reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, **tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993** que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (Negrillas del despacho)

67. 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".*

3.3.2 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.

"68. 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 años[21]. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de

[21] 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.

este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. 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".

Para aclarar, el Régimen Pensional de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, el Tribunal Rector de lo contencioso administrativo realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

<table>
<tr><th colspan="4">RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</th></tr>
<tr><th colspan="4">ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</th></tr>
<tr><th colspan="2">Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</th><th colspan="2">Régimen pensional de prima media</th></tr>
<tr><td colspan="2">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.</td><td colspan="2">Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.</td></tr>
<tr><th colspan="2">Normativa aplicable</th><th colspan="2">Normativa aplicable</th></tr>
<tr><td colspan="2">• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989
• Ley 33 de 1985
• Ley 62 de 1985</td><td colspan="2">• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003
• Ley 100 de 1993
• Ley 797 de 2003
• Decreto 1158 de 1994</td></tr>
<tr><th colspan="2">Requisitos</th><th colspan="2">Requisitos</th></tr>
<tr><td colspan="2">✓ Edad**: 55 años** (H/M)
✓ Tiempo de servicios: 20 años</td><td colspan="2">✓ Edad: **57 años** (H/M)
✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003</td></tr>
<tr><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th></tr>
<tr><td colspan="2"><u>**75%**</u></td><td colspan="2"><u>**65% - 85%**</u>[22]
(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).</td></tr>
<tr><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th></tr>
<tr><th>Periodo</th><th>Factores</th><th>Periodo</th><th>Factores</th></tr>
<tr><td>**Último año** de servicio docente

(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</td><td>▪ 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</td><td>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los **10 años** anteriores al reconocimiento de la pensión

(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</td><td>▪ asignación básica mensual
▪ gastos de representación
▪ prima técnica, cuando sea factor de salario
▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</td></tr>
</table>

[22] 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.

	nocturna o en día de descanso obligatorio **(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)**		▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna **(Decreto 1158 de 1994)**
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes:

De todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

> *"De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada* ***a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial*** *de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*
>
> ***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***
>
> ***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos***

en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones".

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución Nº0461 del 26 de noviembre del 2015, a través de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo–Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a un docente Municipal y frente al cual, se estableció en su parte resolutiva (artículo sexto) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar el citado acto administrativo.

Como restablecimiento del derecho, impetra se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del derecho pensional, tal como el equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales[23].

Pues bien, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

- ⇒ La señora Esmeralda Inés Álvarez López nació el 03 de agosto de 1960[24]; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 03 de agosto de 2015.
- ⇒ La demandante, empezó a trabajar como docente el 01 de febrero de 1980[25]
- ⇒ Según la Resolución Nº0461 del 16 de noviembre de 2015, adquirió su status de pensionado el 04 de agosto de 2015[26]
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Municipal[27], hasta el 16 de agosto de 2017, lo cual se desprende del certificado de historia laboral, obrante a folio 23.

Se encuentra acreditado, que le fue reconocido a la actora su derecho pensional de jubilación mediante la Resolución Nº 0461 del 26 de noviembre de 2015, en cuantía de $2.343.911,00, efectiva a partir del 4 de agosto de 2015, para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 33 de 1985, Decreto 2831 de 2005, ley 91 de 1989 y ley 812 de

---

23 Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folios 1 y 2.

24 De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 16 del expediente.

25 De acuerdo con la Resolución Nº 0461 de 2015, que le reconoce la pensión de jubilación, emanada de la Secretaria de Educación de Sincelejo que reposa en el folios 17 al 20 del expediente.

26 Fls. 17 al 20 Cdno Ppal. Se toma tal fecha, al no estar en discusión la fecha de adquisición del status de pensionado de la demandante.

27 Tal como lo señala el Formato Único Para Expedición De certificados de historia laboral, folio 22.

2003; es decir, el 75% del promedio salarial mensual devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, tal como lo señala la mencionada resolución del reconocimiento pensional[28] y al momento de su expedición contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad.

La pensión le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de asignación básica mensual, horas extras y prima de vacaciones[29], esto es, la suma de $2.343.911,00 pesos corresponde al 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio anterior al status.

Así mismo, se logró demostrar que la señora Esmeralda Inés Álvarez López prestó sus servicios desde el 01 de febrero de 1980[30] y devengó durante el último año de servicios 2014-2015 anterior a la fecha de adquisición del status de pensionado los siguientes factores salariales[31]:

Factores salariales	**Desde: 01/01/2014 Hasta: 31/12/2014**	**Desde: 01/01/2015 Hasta: 31/12/2015**
Asignación básica (sueldo)	$2.711.939,00	$2.866.669,00
Sobresueldo	$00	$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	$00	$00
Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14	**$27.119,00**	**$28.667,00**
Prima de alimentación	$00	$00
Prima de transporte	$00	$00
Auxilio de movilización	$00	$00
Prima de clima	$00	$00
Prima de grado	$00	$00
Horas extras	$151.545,00	$4.338.849,00
Prima de servicios	**$632.786,00**	**$1.447.683,00**
Prima vacacional docente 1/12	$1.396.158,00	$1.508.003,00
Prima de navidad	**$2.908.663,00**	**$3.141.673,00**
TOTAL $	**$7.676.665,00**	**$8.992.725,00**

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculada el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable al actor es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales la actora cumplió a cabalidad, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

---

28 Ibídem
29 Ver folio 18 parte superior
30 Tal como se desprende de la resolución demandada, obrante a folios 17 a 20.
31 De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folios 21 y 22 del expediente.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido por el actor en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del derecho, que en el presente asunto, lo es la inclusión de la Asignación básica (sueldo), Bonificación Mensual Dec.1566, horas extras, prima de servicios, Prima vacacional docente 1/12 y prima de navidad.

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación[32] No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019[33] como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

> *"El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio* ***del último año de servicio docente****. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985" (resalto de la Sala).*

En este caso en concreto, la pretensión se refiere a la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho en el **último año de servicio anterior a la causación de su derecho pensional** y encuentra esta colegiatura que los factores devengados en ese periodo y sobre los cuales se solicita su inclusión para efectos de la respectiva reliquidación, no coinciden con los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, tal como se detalla a continuación:

Ley 62 de 1985	**Factores salariales efectivamente devengados según certificación[34]**	**Factores reconocidos por la resolución Nº 0461 del 26 de noviembre del 2015**

[32] Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación
[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01
[34] De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en los folios 21 y 22 del expediente

La asignación básica mensual;	**Asignación básica (sueldo)**	Asignación básica
Los gastos de representación;	x	x
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.	x	x
Dominicales y feriados;	x	x
Horas extras,	Horas extra	Horas extra
La bonificación por servicios prestados	x	x
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.	x	x
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	Prima de navidad	x
	Prima de servicios	x
	Bonificación Mensual Dec. 1566/14	x

Ahora bien, de acuerdo con el Certificado Salarial que reposa en el expediente la señora Esmeralda Álvarez López, devengó además de la asignación básica y la prima de vacaciones y horas extras**; la prima de servicios, la prima de navidad y bonificación mensual Dec. 1566 de 1 de junio/14,** los cuales no le fueron incluidos al momento del reconocimiento pensional, y que no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Esta colegiatura acoge lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la cual se modifica la línea que con antelación venía predicando tanto el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa como este Tribunal, sobre la base para ordenar el reconocimiento y la reliquidación pensional; esto es, teniendo en cuenta para efecto de la liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, tesis que perdió vigencia con la sentencia de unificación pluricitada, que ordena reliquidar la pensión de aquellos docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2013, con el 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente y como factores a tener en cuenta, únicamente los enlistados en la Ley 62 de 1985.

En relación con la creación de la **prima de navidad para los docentes**[35], no hay norma expresa; en consecuencia, se aplican: los decretos 3135/1968, adicionado por el decreto ley 3148 de 1968 y especialmente los artículos 5°, 22 y 33 del Decreto Ley 1045/1978, **que la definen como una prestación social**; por ello, tampoco es posible considerarla como un factor salarial a tener en cuenta en la reliquidación pensional docente, y así se indicará en la parte resolutiva de este fallo, al revocar la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Con respecto a la prima de servicios para docentes oficiales, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación **SUJ-21500133330102013001340 1 (38282014), Abr. 14/16, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:**

> **"(i)** La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.
>
> **(ii)** En aplicación del artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, la seguirán percibiendo.
>
> **(iii)** De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al mencionado factor de salario.
>
> **(iv)** Así mismo, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción y, por ende, a ellos no les es aplicable la prima de servicios."

[35] **"PARÁGRAFO 2. Del Artículo 15 de la ley 91 de 1989.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; ***primas de navidad***, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."

Luego, **a través del Decreto 1545 de 2013** se reguló el reconocimiento de la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, a saber:

> *"Artículo 1. Prima de servicios.* ***Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial*** *que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:*
>
> *1.- En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.*
>
> *2.- A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.*
> *Parágrafo. La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.*
> *[…]»*

Ahora bien, la pregunta que surge a continuación, es si después de su creación normativa, ¿dicha prima de servicios puede ser considerado un factor para reliquidar la pensión de la docente?, y para responder debemos acudir al decreto de creación y allí no se expresa que aquella será factor para liquidar las pensiones de los docentes; es más, expresamente se indica en su artículo 5º que La prima de servicios que se establece en el artículo 1º del Decreto **1545 de 2013**, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:

1. Vacaciones.
2. Prima de Vacaciones.
3. Cesantías.
4. Prima de Navidad.

Por ello, se revocará la sentencia de primera instancia, pues accedió a la reliquidación de la pensión con la inclusión de la prima de servicios y aquella no se encuentra establecida dentro de los factores de la ley 62 de 1985 y en la norma que la crea para los docentes nada se dijo respecto a las pensiones.

Ahora, si bien es cierto que la bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014[36], no se encuentra incluida en el listado taxativo de la Ley 62 de 1985 a que hace referencia la mencionada sentencia de unificación, también lo es que dicha bonificación, fue creada para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, la cual constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, tal como lo señala el artículo 1° inciso 2 del predicho decreto[37] el cual por tener el carácter de reglamentario adiciona la Ley 33 de 1985 respecto de ese factor salarial pero solo en el período en que la misma ley ordenó que fuese reconocido; esto es; el primero (01) de junio de 2014 y hasta el tres (03) de agosto de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

Bajo las anteriores premisas y al tener esa sentencia carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento, resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, de manera parcial dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión de que goza la accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta sólo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, **a excepción de la bonificación mensual antes señalada, de tal suerte que sólo se accederá a la reliquidación de la pensión con el factor salarial bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014), devengada en el último año de servicio anterior a la adquisición del status tal como lo solicita la parte actora.**

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante, la petición de restablecimiento encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengado por la actora en su último año de servicios anterior a la adquisición del derecho pensional; se modificará la sentencia

---

36 "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"

37 **ARTÍCULO 1.** Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.
La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá 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.
El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015.
El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016.

apelada que accedió a lo solicitado; teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento de que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos detallados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que es vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir el elemento bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014) el cual es considerado factor salarial para todos los efectos pensionales, máxime cuando este se devengó dentro del año anterior a la fecha de adquisición del status pensional de la demandante, pero únicamente desde el 01 de junio de 2014 hasta el 03 de agosto de 2015 para el caso de la y bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014); en razón a la pretensión, que se dirigió a la reliquidación con base en el último año de servicios anterior a la fecha de causación del derecho.

3.7. Condena en Costas. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018[38], tenemos que:

> *" **a)** El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a un "objetivo valorativo" – CPACA-*
>
> ***b)** Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
>
> ***c)** Sin embargo se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
>
> ***d)** La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la*

[38] Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

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

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

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

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Tribunal que nos encontramos frente al escenario de un pensionado que fue vencido en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de que factores debían tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, que se presenta después de la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia; en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, esta Colegiatura se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero la sentencia adiada 07 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, en el sentido de EXCLUIR los elementos salariales prima de navidad y prima de servicios conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandante, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, conforme lo establece el Código General del Proceso en el artículo 365.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo el 07 de septiembre de 2018.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta Nº 168.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY