



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**  
Sincelejo, 29 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 70001-33-33-005-2017-00147-01
Demandante:	<b>Rusbel Padilla Flórez</b>
Demandado:	<b>Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.</b>
Procedencia:	Juzgado Quinto 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<sup>1</sup>, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley<sup>2</sup> y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho<sup>3</sup>.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 25 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

<sup>3</sup> Artículo 18 Ley 446 de 1998.

## 2. ANTECEDENTES

**2.1. Pretensiones<sup>4</sup>:** El señor, Rusbel Padilla Flórez 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 1022 del 20 de agosto de 2014<sup>5</sup>** expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio 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 reliquide, ajuste y pague a al señor, Rusbel Padilla Flórez a partir del **09 de octubre de 2012**, la pensión vitalicia de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante los **12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado** y que por Ley tiene derecho tales como; salarios, sobresueldos, primas y demás.

**2.2. Hechos relevantes<sup>6</sup>:** El señor Rusbel Padilla Flórez, 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 navidad** y los demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

**2.3. Actuación procesal:** La demanda se presentó el 02 de junio de 2017<sup>7</sup>, siendo admitida a través de auto calendado 17 de julio de 2017<sup>8</sup>. El 08 de septiembre de

---

<sup>4</sup> Fl. 1 a 2 C. Ppal.

<sup>5</sup> Folio 18-20 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre.

<sup>6</sup> Fl. 2-3 C. Ppal.

<sup>7</sup> Fl. 24 del C. Ppal

<sup>8</sup> Fl. 26 C. Ppal

2017<sup>9</sup>, 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 “simultánea” se celebró el 21 de agosto de 2018<sup>10</sup>, se surtieron las etapas procesales, prescindió de la audiencia de pruebas y corrió traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

**2.4. Pronunciamiento de la parte demandada<sup>11</sup>:** La entidad demandada contestó de forma oportuna, manifestando en cuanto a los hechos que algunos parecen 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, solicita 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; 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 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

---

<sup>9</sup> Fl. 32-37 C. Ppal

<sup>10</sup> Fls. 95 al 99 C. Ppal.

<sup>11</sup> Folio 40 al 52 del C. Ppal

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 N° 1022 del 20 de agosto de 2014, expresando en la contestación de la demanda que ese acto administrativo es contrario a derecho, razón suficiente por la que no tuvo en cuenta los factores salariales aludidos por la demandante.

Indicó 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 devengados en el último año* de servicio anterior a la causación del status, los cuales debieron ser incluidos, por lo tanto impetra se reliquide su pensión lo que en su criterio ese acto administrativo es contrario a derecho, razón suficiente para no tener en cuenta los factores salariales aludidos por la demandante.

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.

Señaló que para el caso de los docentes, el artículo 15 de la ley 91 de 1989 previó que para efecto de prestaciones económicas y sociales, los docentes que a 31 de diciembre de 1989 estuvieran vinculados, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial.

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 (calculó 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, en un proceso contra el FOMAG.

**2.5. Sentencia recurrida<sup>12</sup>:** El Juez de instancia, el 25 de septiembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, sin condena en costas a la parte demandante, como quiera hubo cambio de precedente jurisprudencial.

Manifiesta que al controvertir la legalidad parcial de la resolución N° 1022 del 20 de agosto de 2014, se encontró probada que el demandante estuvo vinculado como docente municipal y que la última institución donde prestó sus servicios fue en el Centro Educativo El Palmar, en el nivel primaria, devengando los siguientes factores salariales durante el 01 de enero de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012: asignación básica, prima vacacional y prima de navidad. Así mismo, se demostró que el actor obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación en cuantía de \$1.725.782.00, efectiva a partir del 10 de octubre de 2012, adquiriendo el status de pensionado el 09 de octubre de 2012.

En ese orden de ideas, al estar vinculado el docente al servicio activo desde el 27 de mayo de 1996, le es aplicable el régimen prestacional anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, Ley 91 de 1989, en consecuencia, su régimen pensional es el general para empleados públicos previsto en la Ley 33 de 1985.

Consecuencialmente, realizó el siguiente parangón:

<b>Factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme certificado de salarios adosado al expediente</b>	<b>Factores salariales incluidos en la base de liquidación pensional conforme al acto administrativo de reconocimiento</b>	<b>Factores no reconocidos</b>
Asignación básica Prima vacacional Prima de navidad	Asignación básica Prima de vacaciones	Prima de navidad

Así las cosas, sustenta su decisión en la sentencia de unificación de jurisprudencia, proferida por la Sala Plena de la Contencioso Administrativo, C.P. César Palomino Cortés, calendada 28 de agosto de 2018, Exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

<sup>12</sup> Fls. 100 a 128 C. Ppal.

Por lo anterior, concluye que al no estar viciado el acto administrativo demandado, están llamadas a prosperar las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la entidad demandada.

**2.6. El recurso de apelación<sup>13</sup>:** El recurso de alzada se sustenta en que, el precedente utilizado por el juez de primera instancia se debe inaplicar en este caso, no sólo porque la propia sentencia expresamente lo determina, al establecer que el contenido de la decisión no aplica a los docentes, sino por cuanto no se debe interpretar que los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación, que fue el estudio unificado que se determinó para quienes si se encuentran o no, en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de los cuales, los docentes se encuentran expresamente excluidos en su artículo 279.

Consecuencialmente con lo anterior, trae a colación el pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, Saludo de la Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente Dra. Rocío Araujo Oñate, a través de sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela, radicada bajo el No. 11001-03-13-000-2018-03012-00. Así mismo, señala que se debe tener en cuenta la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida el 28 de agosto de 2018<sup>14</sup>, C.P. Cesar Palomino Cortés.

Así las cosas, explica que la no aplicación de la última sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 al caso concreto, proferida por la Sección Segunda, deja entrever que existe una flagrante violación al derecho de igualdad y el principio de favorabilidad a favor de la parte demandante.

De lo anterior se colige que el personal del magisterio no es sujeto de los asuntos establecidos en la sentencia de unificación, ya que en estas se definen las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya excepción taxativa se evidenció anteriormente. De igual manera, teniendo en cuenta que para los afiliados Al Fondo De Prestaciones del Magisterio- FOMAG- por tratarse de empleados públicos de régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989 y

---

<sup>13</sup> Fls. 134 al 150 C. Ppal

<sup>14</sup> Expediente radicado No. 25001-23-33-000-2012-00143-01.

reiterando que son exceptuados de la aplicación de los parámetros establecidos por el régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003, que se debe aplicar a los afiliados con posterioridad al 26 de junio de 2003, los docentes no hacen parte del grupo de trabajadores a los que se les debe aplicar la debatida Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado.

Denuncia la omisión de la administración de efectuar los correspondientes descuentos para aportes al sistema, en consecuencia se evidencia la regresividad de los derechos sociales, por lo que es necesario incluir aquellos factores que fueron devengados por el trabajador durante el año anterior al momento de la adquisición del status pensional, y de esta manera, aplicar el principio de la realidad sobre las formas y el principio de favorabilidad.

Aduce que, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, se ajusta más a los principios que rigen las relaciones laborales y a su vez, nos ilustra como reparar ese detrimento patrimonial. Igualmente, manifiesta se encuentran vulnerada la confianza legítima en la administración de justicia y la buena fe, conforme al precedente jurisprudencia del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Explica que la aplicación retrospectiva en el presente asunto, no significa que los próximos fallos que se expida deben acatar el criterio jurisprudencial, como quiera que son situaciones diversas.

En consecuencia, se evidencia que existe una transgresión de los derechos del accionante que pertenece al grupo de pensionados, personas que merecen especial protección del estado por la aplicación restrictiva de las reglas que impone esta sentencia que ha sobrepasado en sentido estricto los principios del derecho laboral, constitucional y administrativo, así como precedente jurisprudencia, pero en el ejercicio de los operadores judiciales, se estudia e interpreta, pues si bien es cierto la sapiencia del ejercicio jurisdiccional se da en cada decisión y no sólo es atender un lineamiento por un superior jerárquico, sino esbozar por qué ese lineamiento puede o no estar acorde al caso concreto, en virtud de la autonomía judicial, para tal efecto debe dársele un tratamiento transicional pues estaba presentando antes de la jubilación de la nueva unificación jurisprudencial, modificatoria de otra sentencia de unificación jurisprudencia, circunstancias sin antecedentes en Colombia.

Finalmente, en cuanto a las costas procesales y las agencias en derecho, circunscribe las circunstancias especiales que envuelven este caso y que por lo tanto deben ser estudiadas a fondo para su aplicación.

- ❖ Encuentra esta colegiatura que la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2018 (Fls 100-128), se notificó por correo electrónico el 26 de septiembre de 2018 (Fl 129-133), de conformidad con el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, el apoderado de la parte demandada tenía hasta el 10 de octubre de 2018 para presentar el correspondiente recurso de apelación, en fecha 28 de septiembre de la misma anualidad (Fls 151-165), la parte demandante presenta un escrito que tiene por asunto: SOLICITUD, donde exponen argumentos que en su opinión, debería tener en cuenta el juez de primera instancia al momento de decidir, de igual manera, el 08 de octubre de 2018 (Fls 165-196), nuevamente anexa oficio con copia de dos sentencias.

**2.7. Actuación en segunda instancia:** A través de auto del 03 de julio de 2019<sup>15</sup>, 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<sup>16</sup>, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

## **2.8. Alegatos de conclusión:**

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

**La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG<sup>17</sup>:** expresa que si bien 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. También aduce 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.

---

<sup>15</sup> Fl. 4 del C. Alzada

<sup>16</sup> Fl. 9 del C. Alzada

<sup>17</sup> Fls. 14-30 del C. Alzada.

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 del señor RUSBEL PADILLA FLÓREZ, 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 demandante se resume en que la decisión tomada por el A quo no se ajusta a derecho, puesto que, según la ley aplicable al caso, se debe reconocer al demandante la reliquidación de la pensión de jubilación conforme a las previsiones contempladas en la Ley y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, más exactamente, el precedente judicial de las sentencias del 04 de agosto de 2010 y no con base en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, que no es aplicable a los docentes.

**3.1. Problema Jurídico:** Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Rusbel Padilla Flórez 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 al status.

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 adquiriera 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 desprende 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 registrarán 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 párrafo 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 el señor Rusbel Padilla Flórez fue vinculado como docente en la Escuela Coinst. De Guayabal en el municipio de Tolú desde el 27 de enero de 1988<sup>18</sup>, 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*

---

<sup>18</sup> De acuerdo con el Certificado de Tiempo de Servicio, visible a folio 23, del 27 de enero de 1988 al 12 de enero de 1994.

*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 anotar, 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 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, 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.

**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 N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>19</sup> 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,

---

<sup>19</sup> 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

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<sup>20</sup> 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 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*

---

<sup>20</sup> Expediente radicado No. 25001-23-33-000-2012-00143-01.

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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, **tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993** que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (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<sup>21</sup>. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

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 realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

<b>RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</b>	
<b>ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</b>	
<b>Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</b>	<b>Régimen pensional de prima media</b>
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
<b>Normativa aplicable</b>	<b>Normativa aplicable</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989</li> <li>• Ley 33 de 1985</li> <li>• Ley 62 de 1985</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003</li> <li>• Ley 100 de 1993</li> <li>• Ley 797 de 2003</li> <li>• Decreto 1158 de 1994</li> </ul>
<b>Requisitos</b>	<b>Requisitos</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>55 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Tiempo de servicios: 20 años</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>57 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003</li> </ul>
<b>Tasa de remplazo - Monto</b>	<b>Tasa de remplazo - Monto</b>
<b>75%</b>	<b>65% - 85%</b> <sup>22</sup>

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

		(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente  (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación</li> <li>▪ dominicales y feriados</li> <li>▪ horas extras</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</li> </ul>	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los <b>10 años</b> anteriores al reconocimiento de la pensión  (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica mensual</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ prima técnica, cuando sea factor de salario</li> <li>▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</li> <li>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna</li> </ul>
	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.		(Decreto 1158 de 1994)

### 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”.***

En otra arista, antes de resolver el caso concreto es menester señalar que la parte demandante en el recurso de apelación solicita que atener el precedente judicial de la sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, radicada bajo en No. 66001-33-33-004-2014-00736-01, con ponencia del Consejero Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Pues bien El artículo 328 del Código General del Proceso, señala:

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

*(...)*

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

De lo anterior se colige que cuando se trata de apelante único, le está vedado al Juez pronunciarse sobre aquellas situaciones que no le fueron plateadas en el recurso, debido a que se entiende que el apelante solo impugna la providencia en lo que le sea desfavorable, y su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el recurrente<sup>23</sup>.

No obstante, el Consejo de Estado ha expresado en reiterados pronunciamientos que este derecho no es absoluto, y que existen algunas excepciones ya que de manera excepcionalísima, el superior cuando encuentre que la decisión de primera instancia

---

<sup>23</sup> Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no haya sido objeto del recurso de apelación<sup>24</sup>.

**3.3. El caso concreto:** En el caso bajo estudio, pretende la parte actora se declare la nulidad de la **Resolución N° 1022 del 20 de agosto de 2014** a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a un docente Municipal y frente a la cual, se estableció en su parte resolutive (artículo quinto) 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<sup>25</sup>. Lo cual no es aceptado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en razón a que a su juicio tal afirmación carece de sustento factico y jurídico<sup>26</sup>.

**El A quo negó las pretensiones de la demanda**, de conformidad con Ley 812 de 2003, la Ley 62 de 1985, la Ley 33 de 1985 y la sentencia del 28 de agosto de 2018, al considerar que los factores salariales que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del actor son aquellos sobre los que haya realizado aportes o cotización, lo cual no probó.

En el recurso de alzada, la parte actora considera que el personal del magisterio no es sujeto de los asuntos establecidos en la sentencia de unificación, ya que en estas se definen las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya excepción taxativa se evidencio anteriormente. De igual manera, teniendo en cuenta que para los afiliados Al Fondo De Prestaciones del Magisterio- FOMAG- por

---

<sup>24</sup> Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C. P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155); así mismo en sentencia de la Sección Segunda Subsección B. C. P: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01250-01(AC); Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264).

<sup>25</sup> Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítems de restablecimiento del derecho visible a folio 1 - 2

<sup>26</sup> De acuerdo con lo expuesto en la contestación de la demanda visible a folio 40 a 52.

tratarse de empleados públicos de régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989 y exceptuados de la aplicación de los parámetros establecidos por el régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003, que se debe aplicar a los afiliados con posterioridad al 26 de junio de 2003, los docentes no hacen parte del grupo de trabajadores a los que se les debe aplicar la debatida Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado.

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

- ⇒ El señor Rusbel Padilla Flórez nació el 09 de octubre de 1957<sup>27</sup>; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 09 de octubre de 2012.
- ⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 27 de enero de 1988<sup>28</sup>
- ⇒ Según la Resolución N° 1022 del 20 de agosto de 2014, adquirió su status<sup>29</sup> de pensionado el 09 de octubre de 2012, ya que a la fecha contaba con más de 20 años de servicio<sup>30</sup>.
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacional según la resolución de reconocimiento, como Municipal<sup>31</sup> al momento de su vinculación el 27 de enero de 1988 y al menos, hasta mayo del 2017, lo cual se desprende del Formato Único para expedición de Certificado de Salarios y el Certificado de Tiempo de Servicio. (Su calidad, no incide en este caso para la decisión de fondo del asunto puesto a consideración de la judicatura)

Se encuentra acreditado que le fue reconocido al actor su derecho pensional de jubilación mediante resolución N° 1022 del 20 de agosto de 2014, en cuantía de \$1.725.782.00 efectiva a partir del día 10 de octubre de 2012 para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 33 de 1985, Ley 6 de 1945 y Ley 71 de 1978; 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<sup>32</sup> y al momento de su expedición contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad.

---

<sup>27</sup> De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía, folio 17.

<sup>28</sup> De conformidad con el certificado de tiempo de servicio, tal como consta a folios 22 -23.

<sup>29</sup> De conformidad con el acto de reconocimiento pensional.

<sup>30</sup> Tal afirmación se desprende del acto de reconocimiento pensional y no es objeto de debate judicial.

<sup>31</sup> Tal como lo señala la Resolución N° 1022 del 20 de agosto de 2014.

<sup>32</sup> Fol. 18 a 20 C. No. Ppal.

La pensión le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de **la asignación básica y la prima de vacaciones**<sup>33</sup>. **La mesada pensional**; esto es, la suma de \$2.331.348.00 pesos corresponde al 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicios anterior al status según el acto administrativo de reconocimiento.

Así mismo, se logró demostrar que el señor Rusbel Padilla Flórez prestó sus servicios de manera continua desde el 27 de enero de 1988<sup>34</sup> y devengó durante el último año de servicios 2011 – 2012 anterior a la fecha de adquisición del status de pensionado los siguientes factores salariales<sup>35</sup>:

<b>Factores salariales</b>	<b>Desde: 01/01/2011 Hasta: 30/12/2011</b>	<b>Desde: 01/01/2012 Hasta: 30/12/2012</b>
Asignación básica (sueldo)	\$2.129.772.00	\$2.236.261.00
Sobresueldo	\$00	\$00
Bonf. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$00	\$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	\$00	\$00
Prima de servicios	\$00	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.064.886.00	\$1.118.130.50
Prima de navidad	\$2.218.512.50	\$2.329.438.54
<b>TOTAL \$</b>	<b>\$5.413.171</b>	<b>\$5.683.830</b>

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculado 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 el actor cumplió a cabalidad<sup>36</sup>, 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.

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

<sup>33</sup> Ver folio 18 parte inferior

<sup>34</sup> Tal como se desprende del Certificado de Tiempo de Servicio, visible a folio 23.

<sup>35</sup> De conformidad con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, visibles a folio 21.

<sup>36</sup> A la fecha del reconocimiento pensional el señor Padilla Flórez contaba con 20 años de servicio.

último año de servicio anterior a la adquisición del derecho, que en el presente asunto, lo es la inclusión de **la 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<sup>37</sup> N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>38</sup> 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 1° 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 con relación al último año de servicio anterior a la causación de su status 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 1° de la Ley 62 de 1985, tal como se detalla a continuación:

<b>Ley 62 de 1985</b>	<b>Factores salariales efectivamente devengados según certificación<sup>39</sup></b>	<b>Factores reconocidos por la resolución N° 1022 del 20 de agosto de 2014</b>
<b>La asignación básica mensual;</b>	<b>Asignación básica (sueldo)</b>	<b>Asignación básica</b>
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.		
Dominicales y feriados;		
Horas extras,		

<sup>37</sup> Ver Párrafo 70 de la Sentencia.

<sup>38</sup> 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

<sup>39</sup> De conformidad con el Formato Único para Expedición de Certificado de Salarios, visibles a folio 21.

La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.		
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional 1/12
	<b>Prima de navidad</b>	

Como viene de ser expresado en las consideraciones de esta providencia, el señor Padilla Flórez, de acuerdo con la certificación que reposa en el expediente, devengó además de la asignación básica y la prima de vacaciones, otros factores, incluida **la prima de navidad**, elemento que no se encuentra enlistado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y ésta 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 anterior a la causación del status, 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.

Así que, la prima de navidad, no se encuentra en el listado taxativo que fijó la sentencia de unificación específica para los docentes, identificada con el N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019, del 25 de abril de 2019 y por esa razón, no pueden ser incluidos en la reliquidación pensional pretendida; simplemente con fines ilustrativos se realizan las siguientes precisiones:

Con respecto a la creación de la **prima de navidad para los docentes**<sup>40</sup>, no hay norma expresa; en consecuencia, se aplican: los decretos 3135/1968, adicionado por el decreto ley 3148 de 1968 y especialmente los artículos 5º, 22 y 33 del Decreto Ley

<sup>40</sup> **“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.”

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 resolutive de este fallo, al confirmar la sentencia de primera instancia, que negó a las pretensiones de la demanda.

Finalmente y para dar respuesta a una de las aristas de la apelación relacionada con los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales, este Tribunal resalta que la propia sentencia de unificación N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>41</sup> del 25 de abril de 2019, fija los efectos de dicha decisión, al respecto resulta oportuno transcribir los párrafos 73, 74, 75 y 76 de sus consideraciones, así como el numeral segundo de la parte resolutive, que dan respuesta a las inquietudes del recurrente, así:

*73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución - , tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política<sup>26</sup> . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.*

*74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

*75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.*

*76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada*

Y el numeral segundo de su parte resolutive estatuyó:

---

<sup>41</sup> 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

**Segundo:** *Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”*

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 el 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 solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, **sin incluir ningún factor que no se encuentre enlistados en el mencionado artículo**, de tal suerte que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión con los factores devengados en el último año de servicio anterior al status, puesto que con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, **sólo se deberán tener en cuenta los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes** de acuerdo con el artículo ibídem; de ahí que, con respecto al objeto de debate el reconocimiento pensional solo deba incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la demandante la asignación básica mensual como factor salarial, tal como lo efectuó el Fondo al momento del reconocimiento pensional.

**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 el actor en su último año de servicios anterior al status; se confirmará la sentencia apelada que negó lo solicitado bajo las anteriores consideraciones; es decir**, 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, no se encontró probado que la entidad demandada hubiese omitido incluir la totalidad de los factores salariales enlistados en la norma aplicable.

**3.4. Condena en costas:** Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018<sup>42</sup>, 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 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

---

<sup>42</sup> 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)

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 25 de septiembre de 2018 de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte demandante en esta instancia, 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:** 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 N.º. 176.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**