



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 09 de diciembre 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 70001-33-33-003-2017-00301-01
Demandante:	Nadín Alfredo Paternina Arrieta
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 2019¹, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley² y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho³.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 13 de noviembre 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 negaron las súplicas de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: El señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta, 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 0190 del 15 de febrero de 2017⁵**, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reliquida la pensión de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

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 al señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta, la pensión vitalicia de jubilación a partir del **21 de noviembre de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro del servicio.

2.2. Hechos relevantes⁶: El señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta 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 incluyó la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad, pero según la demanda omitió tener en cuenta la **Prima de Servicios, Bonificación Dec. 1566/14**, y demás factores salariales percibidos por la actividad docente, durante el último año de servicios.

⁴ Fl. 1 a 2 C. Ppal.

⁵ Folios 15 y 16 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 21 de octubre de 2017, siendo admitida a través de auto calendario 17 de noviembre de 2017⁸. El 21 de febrero de 2018,⁹ 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 “concentrada” inicial se celebró el 31 de octubre de 2018¹⁰, 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, contestó la demanda de forma extemporánea¹¹.

2.5. Sentencia recurrida¹²: El Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante, como quiera que no le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios, la bonificación de zona de difícil acceso y la bonificación grado 14 del Dec. 2565 de 2015, toda vez que dichos factores no se encuentran enlistados dentro de aquellos factores establecidos de manera taxativa por la Ley 62 de 1985, ni tampoco obra prueba de que sobre ese factor se hayan hecho aportes, careciendo de fundamento legal su pretensión en tal sentido.

Como fundamentos para su decisión explicó que, la sub regla sobre la taxatividad de factores adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, tiene aplicación al tema de la reliquidación pensional de los docentes amparados por la Ley 33 de 1985, cambiando la regla contenida en la sentencia del 4 de agosto de 2010; puesto que precisamente el carácter enunciativo de los factores de liquidación de la pensión de los docentes, tenía como centro de argumentación dicha sentencia, determinación judicial que por

⁷ Fl. 37 del C. Ppal

⁸ Fl. 39 C. Ppal

⁹ Fl. 47 C. Ppal

¹⁰ Fls. 119 a 121 C. Ppal.

¹¹ El término del traslado de la demanda se vencía el 5 de abril de 2018, y la entidad demandada allegó escrito de contestación el 09 de octubre de 2018. (fls. 62 a 72)

¹² Fls. 124 a 131 C. Ppal. – Del 13 de noviembre de 2018.

mandato de la sentencia del 28 de agosto de 2018 dejó de ser precedente y la sub regla decisión aplicable.

Respecto a la prima de servicios, señaló que fue creada mediante el Decreto 1545 de 2013, cuyo artículo 5, pregona que la misma constituye factor salarial, para efectos de liquidar las vacaciones, la prima de vacaciones, cesantías y la prima de navidad, motivo por el cual no puede ser incluida.

Respecto a la Bonificación de Zona de Dificil acceso, expresó que esta fue perpetuada por el Dec 521 del 2010, no constituyendo factor salarial ni prestacional de ninguna índole.

En relación con la inclusión de la Bonificación Dec. 1566/14, no emitió pronunciamiento sobre si le asistía razón o no al demandante, al haber sido incluido en el acto de reliquidación demandado.

Finalmente expuso que, con el simple cotejo documental entre el acto de reconocimiento pensional expedido por el FOMAG y los comprobantes de pago aportados por el demandante, se deduce que la entidad demandada, al excluir la prima de servicios, bonificación grado 14 y bonificación de Zona de Dificil Acceso, como factor salarial para determinar el IBL de liquidación de la mesada pensional del actor, no actuó por fuera de los lineamientos legales sobre el tema; por ende, se mantiene incólume la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

2.6. El recurso de apelación

2.6.1 La parte demandante¹³, apeló la anterior decisión, teniendo presente que aquella debe ser revocada y se debe ordenar el reconcomiendo, inclusión y pago de todos y cada uno de los factores salariales devengados por su representado; ello, sustentado en que la sentencia de unificación que el juez aplicó para tomar la decisión objeto del recurso, resulta inaplicable para el presente caso, no sólo porque la propia sentencia expresamente lo determina, sino por cuanto los docentes fueron expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993.

Hace referencia a un pronunciamiento del Consejo de Estado, C.P. Rocío Araujo Oñate, a través de sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018, dentro de la

¹³ Fls.137 a 160 C. Ppal

acción de tutela con radicado N°11001-032-15-000-2018-03012-00, y la sentencia del 4 de octubre de 2018 con radicado N° 11001031500020180288900, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, como soporte para afirmar que la no aplicación de la Sentencia de Unificación en los referidos casos, deja entrever la flagrante violación a la igualdad y al principio de favorabilidad a favor del demandante.

Manifiesta que, debe tenerse en cuenta que los afiliados al Fondo Prestacional del Magisterio por tratarse de empleados públicos de régimen especial, están 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 reitera que son expresamente exceptuados del régimen de prima media que se consolidó con la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003. Por lo anterior, los docentes son cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, que es una norma especial para este grupo de empleados públicos.

En tal sentido, cita las sentencias del Consejo de Estado del 22 de noviembre de 2007, Sala de Consulta del servicio Civil con radicación 1.857 y del 16 de marzo de 2017, expediente No. Interno 1078-2014, que a su juicio ratifican el derecho de su representado. Asimismo cita la sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2016, ratificada por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005.

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 jurisprudencial 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, asegura que se evidencia que existe una transgresión de los derechos del accionante que pertenece al grupo de pensionados como sujetos 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 el precedente jurisprudencial, 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.

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.

Finalmente, aduce que el caso sub examine debe ser resuelto bajo los parámetros de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, radicada bajo el No. 66001-33-33-004-2014-00736-01, el criterio esbozado por el Consejo de Estado a través de sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela radicada bajo El N° 11001-03-15-000-2018-0 y la acción de tutela proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 24 de octubre de 2018 y radicada bajo el N° 11001-03-15-000-2018-00805-01, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez; concluyendo en consecuencia, que las reglas de unificación de la sentencia del 28 de agosto de 2018, no son aplicables a los docentes.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 03 de julio de 2019¹⁴, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionante, en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 13 de agosto de 2019¹⁵, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión:

¹⁴ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁵ Fl. 9 del C. Alzada

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, rindió los alegatos de conclusión expresando que si bien el régimen deprecado por el 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, 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 28 de agosto de 2018, emitida por el H. Consejo de Estado.

En consecuencia, plantea que no corresponde en el presente caso reliquidar la pensión del señor Nadín Paternina, toda vez que de los precedentes jurisprudenciales se concluye que no es posible incluir todos los factores salariales sobre los cuales no se hayan hecho aportes en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

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) y manifiesta que el fallador debe tener en cuenta lo dispuesto por la citada sentencia de unificación, en razón al deber de dar aplicación uniforme a las normas y la jurisprudencia, tal como lo dicta el C.P.A.C.A, en su artículo 10.

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 negó las suplicas de la demanda, basándose en una sentencia de Unificación, que a

su juicio no es aplicable al caso concreto, en razón a la exclusión que la misma hace a los funcionarios del magisterio y la expresa exclusión contenida en la ley 100 de 1993.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad de la apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

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 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 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 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 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

misma, tal como se indica en la Resolución 0190 del 15 de febrero de 2017, que en su parte considerativa establece que dicha ley hace parte de los fundamentos legales para la reliquidación pensional del demandante¹⁶, 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 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

¹⁶ Resolución 0190 del 15 de febrero de 2017, folio 15 parte inferior.

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-S2-2019¹⁷ 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 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

¹⁷ 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

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 años¹⁸. 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

¹⁸ 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.

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:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL			
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85% ¹⁹ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
<p>Último año de servicio docente</p> <p>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985) 	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados

¹⁹ 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.

	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.		▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (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 párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada **a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”.

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la **Resolución N°0190 del 15 de febrero de 2017**, a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una reliquidación pensional a un docente nacionalizado y frente al cual se estableció en su parte resolutive (artículo cuarto) 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 durante los 12 meses anteriores al momento del retiro del servicio, equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales²⁰.

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

- ⇒ El señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta, nació el 30 de octubre de 1951²¹, en consecuencia cumplió 55 años el 30 de octubre de 2006.
- ⇒ Al demandante, le fue reconocida la pensión de jubilación, mediante la Resolución 0618 del 17 de noviembre de 2006²²
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente hasta el 05 de diciembre de 2016, pues mediante el Decreto 0984 del 21 de noviembre de 2016, se le aplicó el retiro forzoso del cargo de docente en la I.E. Técnico Agropecuario Guillermo Patrón de Las Llanadas, del Municipio de Corozal²³.
- ⇒ Se encuentra acreditado que le fue reliquidada la pensión al demandante, mediante la Resolución 0190 del 15 de febrero de 2017, en cuantía de \$2.671.649,00, *efectiva a partir del 05 de diciembre de 2016*; para tal fin, se le aplicaron las leyes 6^a de 1945, Ley 71 de 1978, Ley 33 de 1985, y Ley 91 de 1989.

La reliquidación pensional, le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de (i) asignación básica mensual, (ii) promedio Bonificación Mensual

²⁰ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 2

²¹ De acuerdo a la fotocopia de la cedula obrante a folio 17 del expediente.

²² De acuerdo con la consignado en la resolución 0190 del 15 de febrero de 2017 (folios 15 y 16 del cuaderno Principal)

²³ Información que se extrae de la Resolución 0190 del 15 de febrero de 2017, folios 15 y 16 del cuaderno Principal

Decreto 1566 del 2014, (iii) prima de alimentación, (iv) prima de grado, (v) prima de vacaciones y (vi) prima de navidad²⁴, esto es, la suma de \$2.671.649,00.

Así mismo, se logró demostrar que el señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta, devengó durante el último año de servicios (2015 – 2016) los siguientes factores salariales²⁵:

Factores salariales	Desde 01/11/2015 a 31/12/2015	Desde 01/01/2016 a 31/11/2016
Asignación básica (sueldo)	x	x
Prima de servicios		x
Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14	x	x
Prima vacacional	x	x
Prima de navidad	x	
Prima de grado	x	x
Prima especial de alimentación	x	x
Bonificación Zona de Dificil acceso	x	x
Bonificación G14 Doc. Activos Dec. 2565/15		x

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 demandante es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, 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 último año de servicio anterior a la adquisición del derecho, que en el presente asunto, lo es la inclusión de la Asignación básica (sueldo), Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14, prima de alimentación, prima de grado, Prima vacacional, Prima de navidad, **Bonificación Zona de Dificil acceso, Bonificación G14 Doc. Activos Dec. 2565/15 y prima de servicios.**

²⁴ Ver folio 15.

²⁵ De conformidad con los desprendibles de pago, visibles a folios 18 a 35.

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación²⁶ No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019²⁷ 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 al retiro del servicio** 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 comprobantes de pago ²⁸	Factores reconocidos por la resolución No. 0190 del 15 de febrero de 2017
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.		
Domingales y feriados;		
Horas extras,		

²⁶ Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación

²⁷ 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

²⁸ De conformidad con los comprobantes de pago obrantes de folio 18 a 35 del cuaderno principal.

La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.		
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	Bonificación Mensual Dec. 1566 de 2014	Bonificación Mensual Dec. 1566 de 2014
	Prima de Navidad	Prima de navidad
	Prima de grado	Prima de grado
	Prima especial de alimentación	Prima de alimentación
	Bonificación Zona Difícil acceso	x
	Bonificación G14 Doc. Activos Dec. 2565/15	x
	Prima de servicios	x

Así que, ninguno de ellos 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 al reconocimiento de la **Bonificación Zona de Difícil Acceso**, se encuentra que inicialmente su creación para los docentes se presenta en el artículo 134 de la Ley 115 del 8 de febrero de 1994, derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001, la norma primigenia disponía:

“Los docentes estatales que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras, disfrutarán, además, de una bonificación especial y de una disminución en el tiempo requerido para el ascenso dentro del escalafón, según reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”.

El Decreto 707 del 17 de abril de 1996, “Por el cual se reglamenta el otorgamiento de estímulos para los docentes que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 2, numeral 1, señaló que corresponde al gobernador o alcalde distrital la determinación, categorización y modificación de tales zonas por medio de acto administrativo, previa consulta con la respectiva junta de educación.

Posteriormente, en el artículo 11 del Decreto Extraordinario N° 45 de 1997 determinó que los educadores oficiales que laboraran en los departamentos creados por el artículo 309 de la C.P. o en áreas rurales de difícil acceso o poblaciones apartadas, determinadas previamente por las Juntas Seccionales de Escalafón y refrendadas por la Junta Nacional de Escalafón, recibirían un auxilio de movilización.

Las anteriores normas no señalan la naturaleza jurídica de dicho pago o si el mismo constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales o de la pensión.

No obstante lo anterior, ya en el Decreto 521 de 2010 por el cual se reglamentan parcialmente el inciso 6° del artículo 24 de la Ley 715 de 2001²⁹ y el artículo 2° de la Ley 1297 de 2009³⁰, en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en las zonas de difícil acceso, se estableció:

*“ARTÍCULO 5. Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en zonas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario básico mensual que devenguen. **Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto**, se pagará mensualmente, y se causará únicamente durante el tiempo laborado en el año académico. Se dejará de causar si el docente es reubicado o trasladado, temporal o definitivamente, a otra sede que no reúna la condición para el reconocimiento de este beneficio, o cuando la respectiva sede del establecimiento pierda la condición de estar ubicada en zona rural de difícil acceso. No tendrá derecho a esta bonificación quien se encuentre suspendido en el ejercicio de su cargo o en situaciones administrativas de licencia o comisión no remuneradas.
[...]*»

Ahora bien, los decretos expedidos por el Presidente de la República, que regulan los salarios del personal docente al servicio del Estado, en el año 2016 que se corresponden con el año anterior a la adquisición del status de pensionada y ubicados en la página web de la Función Pública, son:

²⁹ “Los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional.”

³⁰ “ARTÍCULO 2°. INCENTIVOS A DOCENTES DE ZONAS DE DIFÍCIL ACCESO. Los docentes estatales que presten servicios en zonas de difícil acceso, que acrediten cualquiera de los títulos académicos requeridos para el ejercicio de la docencia al servicio del Estado, mientras presten sus servicios en esas zonas, disfrutarán de una bonificación especial, según reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Esta bonificación también se pagará a los docentes que se contraten en los términos del parágrafo 1° de esta ley siempre que acrediten título de normalista superior, licenciado o profesional. Además, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, destinados a mantener, evaluar y promover la calidad educativa, se contratará anualmente la capacitación de los docentes vinculados a la educación estatal en las zonas de difícil acceso, conducente a título para los no titulados y de actualización para los demás.”

i)³¹ Decreto 120 de 2016 por medio de los cuales se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por el **Decreto Ley 1278 de 2002**, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo estatal”

ARTÍCULO 6º. AUXILIO DE TRANSPORTE. El docente y el directivo docente de tiempo completo a que se refiere el presente Decreto, que devengue una asignación básica mensual igual o inferior a dos (2) veces el salario mínimo mensual legal vigente, percibirá un auxilio de transporte durante los meses de labor académica, reconocido en la forma y cuantía establecidas por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Este auxilio sólo se reconocerá durante el tiempo en que realmente preste sus servicios en el respectivo mes.

ii)³² Decreto 122 de 2016 por medio de los cuales se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por el **Decreto Ley 2277 de 1979**, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo estatal”

ARTÍCULO 11. AUXILIO DE MOVILIZACIÓN. A partir del 1º de enero de 2016, los docentes y directivos docentes que trabajen en establecimientos educativos de los departamentos creados en el artículo 309 de la Constitución Política, o en establecimientos educativos que tenían la condición de estar ubicados en áreas rurales de difícil acceso, definidas como tales antes de la vigencia de la Ley 715 de 2001, recibirán durante los meses de labor académica un auxilio mensual de movilización de treinta mil quinientos noventa y dos pesos (\$ 30.592) m/cte.

El docente o directivo docente podrá recibir este auxilio solo durante el tiempo de permanencia y de prestación del servicio en dichos establecimientos educativos.

ARTÍCULO 12. AUXILIO DE TRANSPORTE. El docente y el directivo docente de tiempo completo a que se refiere el presente Decreto, que devengue una asignación básica mensual igual o inferior a dos (2) veces el salario mínimo mensual legal vigente, percibirá un auxilio de transporte durante los meses de labor académica, reconocido en la forma y cuantía establecidas por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Este auxilio sólo se reconocerá durante el tiempo en que realmente preste sus servicios en el respectivo mes.

A su vez, **el decreto 1075 de mayo 26 de 2015**, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector educación, en su **Artículo 2.4.4.1.9. Incompatibilidad entre incentivos**; establece: *“Los incentivos establecidos en el presente Capítulo serán incompatibles con cualquier otra bonificación, incentivo*

³¹ Normas ubicadas en: https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/decretos_salariales

³² Normas ubicadas en: https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/decretos_salariales

o estímulo, del cual sea beneficiario el docente o directivo docente por efecto de laborar en una zona rural de difícil acceso, salvo el auxilio de movilización previsto en los decretos anuales de fijación de salarios.”, que está reproduciendo literalmente y compilando el artículo 9° del decreto 521 de 2010.

Entonces, en cualquiera de los escenarios planteados; es decir, ya sea referido al auxilio de movilización o de transporte, su naturaleza jurídica no es, precisamente, la retribución de servicios, sino, evidentemente, el suministro de un medio de transporte ya sea en dinero o en servicio que se le da al trabajador para que llegue a su lugar de trabajo y desempeñe cabalmente sus funciones, en tal medida no pueden ser tenidos en cuenta para determinar la mesada pensional del demandante. En conclusión, ni el auxilio de movilización, ni el auxilio de transporte, tienen el carácter de factor salarial puesto que aquellos, no tratan de reconocer al empleado un pago adicional ***por su trabajo*** y por tanto, no pueden incluirse como tales en la reliquidación pensional.

En lo referente a la **Bonificación G14 Doc. Activos D2565/2015** (Decreto 2565 de 2015, ARTÍCULO 1) devengada en enero de 2016, ***en su respectiva norma de creación; se establece que es una bonificación no constitutiva de salario***, la cual se reconocerá anualmente a partir de 2016, durante el tiempo que el servidor público permanezca en el servicio; en consecuencia, no podrá ser tomada en cuenta como factor salarial para liquidar la pensión del docente.

Con respecto a la prima de servicios para docentes oficiales, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación **SUJ-215001333301020130013401 (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.”

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.

Como viene de ser expresado en las consideraciones de esta providencia, el señor Nadín Alfredo Paternina Arrieta, de acuerdo con los certificados de salarios que reposan en el expediente, devengó además de la asignación básica, la Bonificación Mensual 1566/14, la prima de vacaciones, prima de grado, prima especial de alimentación y la prima de navidad; la **Bonificación Grado 14 Docentes activos, Bonificación zonas de difícil acceso y prima de servicios**. Elementos que no se encuentran enlistados 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, 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.

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-S2-2019³³ 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 Política²⁶ . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.*

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

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:

***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, no resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, 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 sólo 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 tal como lo solicita la parte actora, puesto que con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, **únicamente 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 del 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 reliquidó la pensión del demandante y la petición de restablecimiento **encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengado por la parte demandante en su último año de servicios; se confirmará la sentencia apelada que negó 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, 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 2018³⁴, 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.

³⁴ 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)

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 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 del 13 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, de conformidad 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° 184.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY