



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 16 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 70001-33-33-003-2017-00172-01
Demandante:	Donaldo Antonio Buelvas Navarro
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 demandada, contra la sentencia del 14 de agosto de 2018,

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 63A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

³ Artículo 18 Ley 446 de 1998.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: El señor Donaldo Antonio Buelvas Navarro, 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 del **oficio SEM PS 1.8.3- 300-2017**⁵, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se negó la reliquidación pensional del demandante.

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 Donaldo Antonio Buelvas Navarro, la pensión vitalicia de jubilación a partir del **16 de diciembre 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 Donaldo Antonio Buelvas Navarro 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.

Indica que solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; obteniendo una respuesta negativa por parte de esa entidad, con el argumento de que la prima de antigüedad y la prima de servicios no son factores salariales.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 07 de julio de 2017⁷, siendo admitida a través de auto calendado 28 de julio de 2017⁸. El 21 de septiembre de

⁴ Fl. 1 a 2 C. Ppal.

⁵ Folios 15 del Cuaderno Principal, expedido por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

⁶ Fl. 3 C. Ppal.

⁷ Fl. 32 del C. Ppal

⁸ Fl. 34 C. Ppal

2017,⁹ fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La audiencia inicial se celebró el 03 de julio 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- FOMAG¹¹, contestó la demanda oportunamente manifestando en cuanto a los hechos que algunos son ciertos, y los otros no los afirma, ni los niega, sino que se atiene a lo que se demuestre en el trascurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, manifiesta que se oponen a todas y cada una de ellas, aduciendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Propone 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 del 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

⁹ Fl. 39 C. Ppal

¹⁰ Fls. 72 a 78 C. Ppal.

¹¹ Fls. 45 a 57 C. Ppal.

de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

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, de conformidad con el Decreto 3752 de 2003.

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

Sobre este particular, trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, entre ellas una de la Sección Segunda con ponencia de la doctora Berta Ramírez de Páez Radiado bajo el N° 250002325000304619-01, en la que se señala el tiempo, la edad y los factores salariales a aplicar al momento de determinar la base de liquidación de los aportes.

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

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

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 N° Interno: 2328-2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Sentencia recurrida¹²: El Juez de instancia declaró la nulidad parcial del acto acusado, esto es el **oficio N° SEM-PS-1.8.3-100-2017 del 24 de abril de 2017** expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y como consecuencia de la anterior declaratoria, condenó a la entidad demandada a reliquidar nuevamente la pensión de jubilación del señor Donaldo Antonio Buelvas Navarro.

Como sustento de su decisión, señaló que al revisar el material probatorio que funge en el plenario se encuentra probado que:

(i) Mediante Resolución N° 0183 del 20 de marzo de 2007, le reconocido y ordenado el pago de una pensión vitalicia de jubilación al demandante; (ii) que la entidad demandada a través de la Resolución N° 0104 del 15 de marzo de 2013, reconoció y ordenó el pago de una reliquidación pensional al demandante, en cumplimiento de un fallo contencioso- administrativo; (iii) que a través del Decreto N° 794 del 16 de diciembre de 2016, se le retiro del servicio al demandante, por cuenta de haber cumplido la edad de retiro forzoso; (iv) que en el acto de reconocimiento pensional se tuvo en cuenta como factores salariales la asignación básica mensual, horas extra, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad, y (v) que en el último año de servicios anterior al reconocimiento pensional devengó además de la asignación básica mensual, prima vacacional y la prima de navidad; **la prima de antigüedad, prima de servicios y la bonificación mensual docente**, los cuales no fueron considerados en el acto de reliquidación pensional contenido en la Res. 0104 del 15 de marzo de 2013.

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

¹² Fls. 82 a 94 C. Ppal. – Del 14 de agosto de 2018.

Aduce que, con el simple cotejo documental entre el acto de reconocimiento pensional y el certificado de salario, se vislumbra que el FOMAG, al reconocer y liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, excluyó la bonificación mensual Dec. 1566 de 2014 y la prima de servicios, lo que consideró como una violación clara a los derechos del actor y una clara contradicción de las normas que regulan el tema.

Así las cosas, fijó la nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor Donaldo Buelvas, ordenando que se debe tener en cuenta no sólo la asignación básica mensual, la prima vacacional y la prima de navidad, sino la Bonificación Mensual Dec. 1566 y la prima de servicios, devengados en el periodo comprendido entre enero de 2016 y enero de 2017, por ser el último año de servicios, haciéndose efectiva a partir del 10 de enero de 2017, excluyendo expresamente el pago de la prima de antigüedad, en razón a la calidad de docente nacionalizado y porque el Tribunal Administrativo de Sucre dentro del proceso con radicado N° 70-001-23-31000-2012-00150-00 dentro del medio de control de simple nulidad, el 25 de septiembre de 2013 declaró nulo el decreto 208 de 1981 norma que contenía la mentada prima de antigüedad para los trabajadores del orden territorial y por estar excluida del ordenamiento jurídico no era posible su aplicación al docente

2.6. El recurso de apelación

2.6.1. La parte demandada¹³, discrepa de la decisión del *A quo*, por lo que solicitó se revoque la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad parcial del Oficio demandado, así mismo expresó que en el evento de no acceder a la revocatoria se dé aplicación al principio de la no reformatio in pejus, en lo que se refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia impugnada.

Sustentó la alzada, en que el *A quo* tomó una decisión que no es ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la Ley, que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante debido a que tal decisión no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

¹³ Fls. 99 a 118 C. Ppal

Señala que en lo tocante a las primas, el Decreto 451 de 1984, excluye de manera expresa la aplicación del Decreto al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

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

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

Posteriormente, realiza un estudio del parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, expresando que es necesario aclarar cuál es la aplicación de la norma al establecer que *“El fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones **que continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora**, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o posterior al 31 de diciembre de 1989, primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.”*

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

Expresa que, la Ley 91 de 1989 hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salarios, deduciendo que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas y hacen referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por la Ley 91 de 1989 a favor de los docentes estatales dado que dicha norma solo hace alusión a aquellos que son obligatoriamente afiliados al Fondo, por consiguiente solo podría asumirse el reconocimiento de dicha prima con cargo a la Nación y en virtud de la

Nacionalización de la Educación, en aquellos casos en que la prima de servicio le hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, en aplicación al artículo 58 de la Constitución Política sobre derechos adquiridos teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

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

- ❖ Encuentra esta colegiatura que la sentencia de fecha 14 de agosto de 2018 (Fls 82 a 94), se notificó por correo electrónico el 15 de agosto de 2018 (Fls 95 a 98), el apoderado de la parte demandante de conformidad con el artículo 247 del CPACA tenía hasta el 30 de agosto de 2018 para presentar el correspondiente recurso de apelación; en fecha 28 de septiembre de esa anualidad, la parte demandante presenta un escrito que tiene por asunto: SOLICITUD, donde exponen argumentos que en su opinión, debería tener en cuenta el juzgado al momento de decidir y así mismo se observa que el 09 de octubre de 2018, presentó otro escrito anexando dos sentencias¹⁴. Observándose que aquellos escritos no corresponden ni al recurso de apelación y tampoco corresponde a los alegatos de conclusión, por ello no serán tenidos en cuenta en esta instancia.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 03 de julio de 2019¹⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 30 de agosto de 2019¹⁶ 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.

¹⁴ Fls. 138 a 168 C. Alzada

¹⁵ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁶ Fl. 9 del C. Alzada

La parte demandada, FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG¹⁷, rindió sus alegatos de conclusión oportunamente, manifestando 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 del 2018, emitida por el H. Consejo de Estado.

Indica que es procedente en el presente caso la aplicación de la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, como quiera que unificó jurisprudencia sobre los factores salariales a tener en cuenta en el IBL para calcular el derecho pensional.

Respecto a la prima de antigüedad para empleados municipales, se refirió exponiendo que el Tribunal Administrativo del Cesar al acoger los distintos pronunciamientos del Consejo de Estado, concluyó que la prima de antigüedad no puede ser tenida en cuenta como factor salarial, debido a que el Concejo Municipal, al momento de su creación no estaba facultado para fijar el régimen salarial y/o prestacional de los empleados municipales.

Finalmente, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en tanto la pensión de jubilación objeto de la litis fue concedida conforme a derecho, ya que de acuerdo con la aludida Sentencia de Unificación, los factores deprecados por la parte demandante, no se encuentran enlistados en la taxativa lista que fija la norma.

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.

¹⁷ Fls. 14-15 C. Alzada

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada se resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que según la ley aplicable al caso y la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 no es viable que se le reconozca al demandante la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios.

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

A. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. **Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.**

B. Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

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

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

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

Parágrafo 1º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios

asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.

Parágrafo 2º.- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Radicación 479 de 1992. **Sala de Consulta y Servicio Civil.***

De lo anterior se 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.

(...)”.

çLuego 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 Donaldo Antonio Buelvas Navarro, fue nombrada como docente mediante Decreto N° 2015 del 08 de abril de 1974¹⁸; 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 1° señala:

Artículo 1°. *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,

¹⁸ Folio 25 - Fecha que se toma del Dec. 794 de 2016, mediante el cual se le retira del servicio al demandante; cabe resaltar que esta fecha coincide con la consignada en la resolución de reconocimiento pensional (Res. N° 0183 del 20 de marzo de 2007), mas no está en discusión el derecho pensional del demandante, sino los factores a tener en cuenta en su liquidación.

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 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-S2-2019¹⁹ 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

¹⁹ 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

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 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 años²⁰. 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 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%²¹ (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"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados 	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad,

²⁰ 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.

²¹ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

<ul style="list-style-type: none"> ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio <p>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</p>	<p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<p>ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna
<p>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.</p>		<p>(Decreto 1158 de 1994)</p>

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 del **Oficio SEM-PS- 1.8.3-100-2017**, a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó la reliquidación pensional al demandante y frente al cual no se estableció que procedía recurso alguno, por ende 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 salariales²².

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

⇒ Mediante el **Decreto N° 794 de 2016**²³, *“por medio del cual se retira del servicio al señor(a) BUELVAS NAVARRO DONALDO ANTONIO, identificado con la Cedula de Ciudadanía N° 9307618, por haber cumplido la edad de retiro forzoso”*, se consideró entre otras cosas las siguientes:

- Mediante Dec. 215 del 08/04/1974, se efectuó el nombramiento en Propiedad a partir de la misma fecha del demandante, en el cargo de docente de aula, Código 9001 Grado 14, de la I.E. Técnico Industrial Antonio Prieto del Municipio de Sincelejo.
- Que a la fecha de expedición de dicho Decreto, es decir, el 16 de diciembre de 2016, ya el ahora demandante tenía más de 65 años de edad.
- Que se encuentra disfrutando de la pensión de gracia otorgada mediante la Resolución N° 14038 del 07 de junio de 2002 y de la pensión vitalicia de jubilación otorgada mediante la Resolución N° 0183 del 20 de marzo de 2007.

²² Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 1 y 2

²³ Fl. 25 Cdno Ppal.

- Se decreta retirar del servicio al demandante por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

⇒ A través el **Oficio SEM- PS- 1.8.3-100-2017 del 24 de abril de 2017**²⁴, expedido por la Secretaria de Educación municipal de Sincelejo, atendiendo a una solicitud de reliquidación por parte del señor Donaldo Buevas, se establece que *“No procede el estudio de la prestación por principio de favorabilidad con el docente toda vez que la mesada en nómina es por \$2.830.496.00, es mayor a la re liquidada por \$2.706.506.00”* Asimismo, se le indica que la prima de antigüedad y la prima de servicios no son factores de liquidación de prestaciones, al no estar consagradas en el Artículo 1 de la ley 62 de 1958, el Artículo 45 del Dec. 1045 de 1978 y el manual unificado de actas de liquidación aprobadas por el Ministerio de Educación Nacional.

⇒ Mediante la **Resolución N° 0183 del 20 de marzo de 2007**²⁵ *“por la cual se reconoce y se ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”*, se estableció que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación, en cuantía de \$1.446.987.00 efectiva a partir del 26 de noviembre de 2006, como docente nacional, tomándose como factor salarial la asignación básica, teniendo como previsiones normativas para el reconocimiento pensional las establecidas en la ley 33 de 1985, Dec. 3135 de 1968, Dec. 1848 de 1969, Ley 812 de 2003 y Dec. 3752 de 2003 y que adquirió su status de jubilado el 25 de noviembre de 2006.

⇒ A través de la **Resolución 0333 del 18 de septiembre de 2008**²⁶, *“por medio de la cual se Revisa y Ordena el pago de un ajuste de Pensión de Jubilación”*, le fue reliquidada la pensión al demandante, en cuantía de \$1.555.242.00, efectiva a partir del 26 de noviembre de 2006; tomándose como factor salarial además de la asignación básica, las horas extras para tal fin, se le aplicaron las leyes 6^a de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y el Dec. 3752 de 2003.

²⁴ Fl. 15 C. Ppal

²⁵ Fls. 16 a 18 C. Ppal

²⁶ Fls. 19 a 21 C. Ppal

⇒ Por medio de la **Resolución 0104 del 15 de marzo de 2013**²⁷, “por la cual se reconoce y ordena el pago de un ajuste a la pensión de jubilación en cumplimiento de un fallo contencioso-administrativo”, se estableció que:

- Que el docente demandó el acto de reconocimiento pensional contenido en la Resolución N° 0183 del 20 de marzo de 2007, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho ante el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, donde se accedió a la pretensión de incluir los factores salariales para la liquidación de la pensión.
- Que para dicho ajuste, se tuvo en cuenta como factores para el IBL, de la reliquidación pensional, el promedio de la asignación básica, horas extra, los promedios de la prima semestral, prima vacacional y prima de navidad, esto es la suma de \$1.784.382.00. Teniendo una diferencia con la anterior liquidada de \$195.203.00.
- Como quiera que el fallo aludido, ordenó liquidar los intereses corrientes a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, arrojó un subtotal por pagar de \$22.280.349.00.

Así mismo, se logró demostrar que el señor Donaldo Antonio Buevas Navarro, devengó durante el último año de servicios (2016) los siguientes factores salariales²⁸:

FACTORES SALARIALES	Desde: 01/01/2016 Hasta: 10/01/2017
Asignación Básica	\$3.120.336,00
Bonificación Mensual Docentes	\$62.407,00
Pago Antigüedad	\$3.120.336,00
Prima de Navidad	\$3.453.497,00
Prima de Servicios	\$1.591.371,00
Prima de Vacaciones Docentes	\$1.657.678,00
TOTAL:	\$13.005.625,00

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

²⁷ Fls. 22 a 24 C. Ppal

²⁸ De conformidad con el Formato Único para la expedición de Certificado de Salarios obrante a folio 30. No se tiene en cuenta el certificado que reposa a folios 28 y 28, ya que no corresponde al último año de servicios.

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 al retiro, que en el presente asunto, lo es la inclusión de la Asignación básica (sueldo) Prima vacacional, Prima de navidad, **Bonificación Mensual Dec.1566 1 junio/14, prima de antigüedad y prima de servicios.**

Ahora bien, acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación²⁹ No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³⁰ 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 forzoso** 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	Factores reconocidos por la resolución No. 0104 del 15 de marzo de 2013
-----------------------	--	--

²⁹ Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación

³⁰ 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

	devengados según certificación³¹	
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.		
Dominicales y feriados;		
Horas extras,		Horas extra
La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.		
	Prima de navidad	Prima de navidad
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	X	Prima semestral
	Bonificación Mensual Dec. 1566 de 2014	X
	Prima antigüedad	X
	Prima de servicios	X

Entonces, de acuerdo con el Certificado Salarial que reposa en el expediente el señor Donaldo Antonio Buelvas Navarro, devengó además de la asignación básica, la prima de vacaciones, prima de navidad, **la prima de servicios, la bonificación mensual Dec. 1566 de 1 de junio/14, y la prima de antigüedad**, los cuales no le fueron incluidos al momento de la reliquidación pensional, y que no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Anótese en este punto que, el Juez de primera instancia negó el reconocimiento de la prima de antigüedad deprecada como factor salarial y accedió a las pretensiones de nulidad parcial del oficio demandado y como consecuencia de ello, ordenó a la entidad oficial a incluir en un nuevo acto de reliquidación además de los ya reconocidos, sólo **la prima de servicios y la bonificación Mensual 1566/14**, como factores salariales para calcular el IBL de la pensión del actor; quedando

³¹ De conformidad con el certificado de salarios del folio 30

ejecutoriada la negativa de inclusión de la prima de antigüedad como factor salarial, como quiera que en esta oportunidad quien apela es la entidad demandada respecto a los factores **reconocidos** con la sentencia objeto del recurso, de modo que este Tribunal no se pronunciará sobre la prima de antigüedad, pues no es objeto de debate judicial en segunda instancia.

Textualmente en la parte considerativa de la sentencia de primera instancia se afirmó:

“Se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor DOLANDO ANTONIO BUELVAS NAVARRO, teniendo en cuenta no sólo la asignación básica salarial, la prima de navidad y la prima de vacaciones; sino la bonificación mensual decreto 1566 de 2014 y **la prima de servicios**, devengados estos en el período comprendido entre enero de 2016 a enero de 2017; por ser el último año de servicio, haciéndose efectiva a partir del 10 de enero de 2017, sin incluir dentro de los factores salariales el pago por antigüedad.”

Los factores (i) asignación básica salarial, (ii) la prima de navidad y (iii) la prima de vacaciones a que hace referencia el párrafo anteriormente transcrito, tienen sustento documental en la Resolución 0104 del 15 de marzo de 2013 (Fls 22 a 24), acto administrativo que reconoce y ordena el pago de un ajuste a la pensión de jubilación en cumplimiento de un fallo contencioso- administrativo, que expresamente los incluye; así como (iv) horas extras y (v) prima semestral.

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

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.

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

Ahora, si bien es cierto que la **bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014**³², no se encuentra incluida en el listado taxativo de la Ley 62 de 1985 a que hace referencia la mencionada sentencia de unificación, también lo es que dicha bonificación, fue creada para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, la cual constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, tal como lo señala el artículo 1º inciso 2 del predicho decreto³³ el cual por tener el carácter de reglamentario adiciona la Ley 33 de 1985 respecto de ese factor salarial pero solo en el período en que la misma ley ordenó que fuese reconocido; esto es; el primero (01) de junio de 2014 y hasta el tres (03) de agosto de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

³² “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones”

³³ **ARTÍCULO 1.** Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016.

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

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativo que negó la reliquidación pensional del demandante y 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; se modificará la sentencia apelada que accedió a lo solicitado; teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento de que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos detallados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que es vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir el elemento **bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014)** el cual es considerado factor salarial para todos los efectos pensionales, máxime cuando este se devengó dentro del año anterior al retiro del servicio del demandante, pero únicamente desde **el 10 de enero de 2016 al 10 de enero de 2017**, fecha del retiro forzoso³⁴, para el caso de la bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014); en razón a la pretensión, que se dirigió a la reliquidación con base en el último año de servicios anterior a la fecha del retiro.

³⁴ El Decreto 794 de 2016 (fl- 25) es expedido el 16 de diciembre de 2016, es notificado al docente el 10 de enero de 2017 (fl. 26), entendiéndose esta como la fecha del retiro del servicio, ya que en el relacionado acto, se decreta en el artículo cuarto que rige a partir de su notificación.

3.7. Condena en Costas: Teniendo en cuenta que no prosperó el recurso de apelación interpuesto, pero que nos encontramos frente a un cambio jurisprudencial signado bajo una sentencia de unificación y en un régimen objetivo-valorativo respecto a la causación de las costas, este Tribunal no condenará en costas a la parte demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia adiada 14 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, en el sentido de que en la liquidación ordenada, se deberá EXCLUIR el elemento salarial prima de servicios, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo el 14 de agosto de 2018.

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

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta N° 188.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY