



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 31 de enero de dos mil veinte (2020)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-006-2017-00144-01
Demandante:	Arcelia de Jesús Caldera Martínez
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Sexto 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 14 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

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.

Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La audiencia inicial se celebró el 03 de diciembre 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:

La entidad demandada, Nación- Ministerio de Educación Nacional y Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda por fuera de término¹¹.

2.5. Sentencia recurrida¹²: La Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien el Consejo de Estado ha tomado distintas posturas acerca de cuáles factores deben incluirse en el IBL para calcular la pensión de los docentes; lo cierto es que al proferirse la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, cesó el efecto jurídico unificador de la Sentencia del 04 de agosto de 2010 que se venía aplicando y que manejaba un concepto diferente sobre la interpretación del IBL consagrada en el artículo 3 de la ley 33 de 1985.

En ese entendido, para el juzgado; el concepto de salario utilizado por el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, debe entenderse como el integrado por los factores del artículo 3 de la ley 33 de 1985, es decir, sobre los cuales se hayan realizado aportes.

Expone que, el criterio interpretativo esbozado en la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2018 traspasó la voluntad del legislador, al considerar que debían incluirse todos los factores devengados por el trabajador para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; por ello manifiesta que comparte la postura del Consejo de Estado sentada en la Sentencia del 28 de agosto de 2018, ya que sólo es posible que se liquide la pensión de jubilación de los docentes teniendo en cuenta aquellos factores sobre los cuales haya realizado aportes, con el fin de que no se vean afectadas las finanzas del sistema, ni la garantía por parte del Estado del derecho irrenunciable a la pensión.

¹⁰ Fls. 126 a 129 C. Ppal.

¹¹ El término del traslado de la demanda, según constancia secretarial obrante a folio 57, inició el 06 de junio de 2018 y finalizó el 23 de julio del mismo año, recibándose escrito de contestación por medio magnético, solo hasta el 06 de noviembre de 2018 (fl. 104 a 119), fecha en la que dicho término se encontraba vencido.

¹² Fls. 132 a 139 – Del 14 de diciembre de 2018.

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, manifiesta que se evidencia 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

demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida Sentencia de Unificación y que no es posible aplicar la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en la que se fundamentó el juez de instancia.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad de la apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la señora Arcelia de Jesús Caldera Martínez, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

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 docente 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

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.

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que la señora Arcelia de Jesús Caldera Martínez, fue nombrada como docente en la Escuela Rural Pajarito del municipio de la Unión, mediante Decreto N° 00008 del 09 de febrero de 1993, con fecha de posesión, el 10 de febrero de 1993 y efectos fiscales en la misma calenda¹⁷; 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, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.

¹⁷ Folio 23 -De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre. Fecha que coincide con la Resolución de reconocimiento; sin embargo, esa fecha y hecho no están en discusión.

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

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 años¹⁹. 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			
ALTO LEGISLATIVO 01 DE 2003			
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%²⁰ (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	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación 	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

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.

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.

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° 1178 del 16 de septiembre de 2014**, 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 pensión vitalicia de jubilación con cuota parte a una docente Nacional y frente al cual se estableció en su parte resolutive (artículo quinto) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar el citado acto administrativo.

Como restablecimiento del derecho impetra se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir su status de pensionado, equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales²¹.

La decisión en primera instancia, se resumió en la aplicación del criterio de unificación trazado mediante la S.U. del 28 de agosto de 2018, donde se considera que solo deben tenerse en cuenta como factores salariales para calcular el IBL de la pensión de los docentes, aquellos sobre los que se hayan cotizado; no siendo así en el caso presente y de ahí la negativa de las suplicas de la demanda.

Por su parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en síntesis indica que la sentencia de Unificación que aplicó la jueza de instancia, no es aplicable al caso concreto, puesto que la aludida sentencia excluye expresamente a los docentes, siendo el criterio de unificación realmente aplicable, el delineado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010.

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

⇒ La señora Arcelia de Jesús Caldera Martínez nació el 11 de noviembre de 1954²²; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 11 de noviembre de 2009.

²¹ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folios 1 y 2

²² De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 16 del expediente.

entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen que le es aplicable es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales el actor cumplió a cabalidad, 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 la actora 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), prima de vacaciones, **auxilio de movilización, horas extras, y la prima de navidad.**

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación²⁸ No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019²⁹ como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

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

En este caso en concreto, la pretensión se refiere a la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho en el **último año de servicio anterior a la adquisición del status** y encuentra esta colegiatura que los factores devengados en ese periodo y sobre los cuales se solicita su inclusión para efectos de la respectiva reliquidación, coinciden parcialmente con los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, tal como se detalla a continuación:

²⁸ Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación

²⁹ 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

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.

Frente a las horas extras devengadas en el año inmediatamente anterior a la adquisición de status, tenemos que según el acto administrativo demandado ese hecho ocurrió el 09 de febrero de 2013 y aquel no es objeto de debate judicial; igualmente, se tiene demostrado de conformidad con la certificación que obra en el folio 21 del expediente que el demandante devengó \$284.580.00 pesos en el año 2012 por horas extras, factor que al encontrarse taxativamente enlistado en la ley 62 de 1985 **debe ser incluido en la pensión de jubilación del actor**, en observancia de la postura unificada del Consejo de Estado sobre la materia; adicional a lo expuesto; el trabajador (la parte débil de la relación) no puede ser perjudicado por una determinación y actuación material (descuento) que no era de su resorte, ni competencia.

Con respecto a la creación de la **prima de navidad** para los docentes, no hay norma expresa; en consecuencia, se aplican: los decretos 3135/1968, adicionado por el decreto ley 3148 de 1968 y especialmente los artículos 5º, 22 y 33 del Decreto Ley 1045/1978, que la definen como una prestación social; por ello, no es posible considerarla como un factor salarial a tener en cuenta en la reliquidación pensional docente.

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

corresponden con el año anterior a la adquisición del status de pensionada y ubicados en la página web de la Función Pública, son:

i)³³ **Decretos 826 y 1001 de 2012** 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”, y

ii)³⁴ **Decretos 827 y 1002 de 2013** 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”

Decretos 826 de 2012 y 1001 de 2013, respectivamente:

“**Artículo 6°. 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.”

“**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.”

Decretos 827 de 2012 y 1002 de 2013, respectivamente:

“**Artículo 11. Auxilio de movilización. A partir del 1° de enero de 2012**, 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 veinticinco mil cuatrocientos setenta pesos (\$25.470) moneda corriente.

³³ Normas ubicadas en: https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/decretos_salariales

³⁴ Normas ubicadas en: https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/decretos_salariales

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 ordenada por el *A quo*.

Bajo las anteriores premisas y al tener la sentencia de unificación tantas veces reseñada carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento, resulta procedente acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, 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 solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, **sin incluir ningún factor que no se encuentre enlistados en el mencionado artículo**, de tal suerte que de los elementos deprecados por la actora a incluir en su reliquidación pensional, sólo es posible acceder a la reliquidación de la pensión con la inclusión de las **horas extras**, devengadas en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, de acuerdo a lo pretendido por la parte actora, con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación y se encontró demostrado que la Entidad Oficial, omitió incluir dicho emolumento en el acto de reconocimiento pensional.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante y la petición de restablecimiento **encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengados por la parte demandante en su último año de servicios; se revocará 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, se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir la totalidad de los factores salariales enlistados en la norma aplicable.

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: REVOCAR la sentencia adiada 14 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Sincelejo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar, **DECLARESE** la nulidad parcial de la Resolución N° 1178 del 16 de septiembre de 2014, suscrita por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la docente demandante, conforme a lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho **ORDÉNESE** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de Jubilación reconocida a la demandante, con la inclusión de las **horas extras** devengadas en el último año de servicios anterior al status, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Dichas sumas de dinero serán debidamente indexadas, aplicando para ello la usual fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado, esto es:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que adquirió el estatus pensional y el índice final, corresponde al día en que se produzca el efectivo pago de la reliquidación.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, referidas a la inclusión de los otros factores devengados por el demandante en el último año de servicios anterior a

CUARTO: **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.