TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

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

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	N° 70001-33-33-007-**2017-00329-01**
Demandante:	**David Enrique Arciniegas González**
Demandado:	**Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.**
Procedencia:	Juzgado Séptimo 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, los recursos de apelación interpuestos por la partes demandante y demandada, contra la sentencia del 26 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió parcialmente a 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.

La audiencia inicial se celebró el 28 de agosto de 2018[10], diligencia en la que se surtieron las etapas procesales de la misma, se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

- En fecha 28 de septiembre de 2018 (Fl 56 y ss), la parte demandante presenta un escrito que tiene por asunto: SOLICITUD, donde exponen argumentos que en su opinión, debería tener en cuenta el fallador de instancia al momento de decidir, de igual manera, el 09 de octubre de 2018 (Fl 70 y ss), nuevamente anexa oficio con copia de dos sentencias.

2.4 Pronunciamiento de la parte demandada:

2.4.1 La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG, no contestó la demanda[11].

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

2.5. La sentencia recurrida:[12] La Juez de instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada, al considerar que analizando la ley pensional aplicable a la docente demandante, en relación a los factores a tener en cuenta para efectos de ordenar la reliquidación pensional docente, la ley 33 de 1985 en su artículo 1° prevé que se debe liquidar la misma sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; asimismo, esbozó que la ley 62 de 1985 en su artículo 1° estableció de forma taxativa los emolumentos constituyentes de salario, de tal forma que: (i) teniendo en cuenta dichas premisas legales y en acatamiento del criterio esbozado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el cual constituye un precedente vertical de carácter vinculante para todos los operadores judiciales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y (ii) al encontrarse acreditado, que además de los emolumentos ya reconocidos en el acto administrativo demandado, la docente devengó la **prima de servicios, prima de alimentación y la prima de antigüedad;** los cuales no fueron tenidos en cuenta en el cálculo del valor de la

---

[10] Fls. 102 a 106 C. Ppal.

[11] Según nota secretarial de fecha 5 de marzo de 2018 obrante a folio 38 del C. Ppal, se deja constancia que el termino del traslado de la demanda de que trata el artículo 173 del C.P.A.C.A, comenzó a correr el 17 de abril de 2018 y finalizo el 15 de junio de 2018; por lo que por medio de auto que fija fecha a la audiencia inicial del 13 de septiembre de 2018 (fls. 53 y 54) se da por no contestada la demanda.

[12] Fls. 120 a 133 C. Ppal. – Del 26 de noviembre de 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

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

incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, por los argumentos esbozados en la sentencia de 25 de abril de 2019, la cual constituye un precedente obligatorio con relación al objeto de la demanda, y por ende tampoco es posible incluir todos los factores salariales sobre los que no se hayan hecho aportes.

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

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, se resume en que el caso presente debe ser resuelto bajo los parámetros de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010, en razón a que el demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida Sentencia de Unificación; mientras que el recurso interpuesto por la parte demandada, se resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que, según la ley aplicable al caso no es viable que se le reconozca la reliquidación de la pensión conforme a las previsiones contempladas en los Decretos 1048 de 1972, 451 de 1984 y 1042 de 1978.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta que las 2 partes apelaron y sus motivos de inconformidad relacionados con los factores a incluir en la pensión del demandante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor David Enrique Arciniegas González tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento del retiro.

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.

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 18°.- 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 19°.- 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 1°.- *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 2°.- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Radicación 479 de 1992.* ***Sala de Consulta y Servicio Civil.***

De lo anterior se deprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 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 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:

> *"**Artículo 81.** Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres."*

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

> *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones". (Subrayado fuera del texto original)*

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que el señor David Enrique Arciniegas González fue nombrado como docente en la Escuela San Isidro de Chochó del municipio de Sincelejo, mediante Decreto N° 90 del 26 de febrero de 1975, con fecha de posesión el 05 de marzo de 1975[18]; 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:

---

[18] Folio 20 -De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sincelejo.

Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social de la precitada ley 100.

3.3. Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019[19] del 25 de abril de 2019, varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esa Corporación en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluirán todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

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

Expresó que en dicha sentencia de unificación la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, en un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto la Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta, para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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***

[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

los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio".*

3.3.2 Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

"68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años[20]. 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

[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.

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

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° 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, la colegiatura se encuentra habilitada para abordar el estudio de *todos* los factores que debían ser tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, en razón a que las 2 partes apelaron la providencia de primera instancia y el eje del debate propuesto en sus escritos, es precisamente la inclusión o no de los factores devengados en el último año de servicios anterior al retiro y las normas que regulan dicha situación.

Pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución **N° 0167 del 13 de abril de 2016**, a través de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidó la pensión

⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación **Nacionalizado**, hasta el 11 de noviembre de 2015, lo cual se desprende del certificado de tiempo de servicios que obra en el folio 20 y de la resolución demandada.

⇒ Mediante Decreto 578 del 09 de diciembre de 2015, se produjo el retiro definitivo del servicio del demandante a partir del 11 de diciembre de 2015[27].

La reliquidación pensional, le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de la asignación básica mensual, la Bonificación Mensual del Decreto 1566/14, la prima de vacaciones y la prima de navidad, esto es, la suma de $2.434.430,00

Así mismo, se logró demostrar que el docente devengó durante el último año de servicios anterior al retiro (2014-2015), los siguientes factores salariales:

Factores salariales	Desde: 01/01/2014 Hasta: 31/12/2014	Desde: 01/01/2015 Hasta: 11/12/2015
Asignación básica (sueldo)	$2.711.939,00	$2.866.699,00
Sobresueldo	$00	$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	$00	$00
Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14	$27.119,00	$28.667,00
Prima de antigüedad	$2.634.485,00	$2.711.939.00
Prima de alimentación	$25.541,00	$25.541,00
Prima de transporte	$00	$00
Auxilio de movilización	$00	$00
Prima de clima	$00	$00
Prima de grado	$00	$00
Horas extras	$00	$00
Prima de servicios	$632.786,00	$1.447.683,09
Prima vacacional docente 1/12	$1.408.929,00	$1.520.773,00
Prima de navidad	$2.909.728,00	$00
TOTAL $	**$10.350.527,00**	**$8.601.302.00**

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 actor es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales 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.

[27] Según lo consignado en la Resolución 0167 del 13 de abril de 2016.

Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.	**Prima de antigüedad***	X
Dominicales y feriados;		
Horas extras,		
La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.		
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente
	Prima de navidad	Prima de navidad
	Bonificación Mensual Dec. 1566/14	Bonificación Mensual Dec. 1566/14
	Prima de servicios	X
	Prima de alimentación	X

En relación a la **Prima de antigüedad***, devengada por el accionante dentro del último año de servicios, en principio se podría inferir que sólo por el hecho de figurar en el listado taxativo consagrado en el artículo 1° de la ley 62 de 1984, es menester incluirlo como factor salarial para calcular el IBL de la pensión de que goza el docente; sin embargo, como ya lo ha determinado este Tribunal a través de providencias del mes de diciembre de 2019, en las que se asumió una posición definitiva al respecto;[31] el elemento denominado prima de antigüedad, de que trata el inciso 4° del artículo 3° del Decreto 540 de 1977[32] y los artículos 49[33] y 97[34] del

[31] Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, con ponencia del M. Dr. Eduardo Javier Torralvo Negrete, mediante sentencia proferida el mes de Diciembre de 2019, dentro del proceso con Radicación N° 70-001-33-33-007-2017-00210-01 y sentencia del 16 de Diciembre de 2019 de la Sala Primera de Decisión Oral, con ponencia del M. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty, dentro del proceso con radicación N° 70-001-33-33-008-2017-00301-01.

[32] Por el cual se fija la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional y se dictan otras disposiciones,

[33] "**ARTICULO 49.** ***De los incrementos de salario por antigüedad.*** Las personas que a la fecha de expedición de este Decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a o 4a columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre el sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho Decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.
Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, trátese de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.
El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de los organismos que integran la rama ejecutiva de poder público en el orden nacional.
Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.
Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial."

[34] **ARTICULO 97.** ***de los incrementos por antigüedad.*** De acuerdo con el artículo 49 de este Decreto, los empleados que estuvieran percibiendo remuneraciones de la tercera o cuarta columnas de la escala salarial fijada en el Decreto 540 de 1977, por efecto de los incrementos establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo la diferencia entre tales remuneraciones y el salario fijado para su cargo en la segunda columna de

Bajo el anterior contexto, es que la Sala concluye que, en realidad, la prima de antigüedad devengada por la actora en los años 2005 y 2006, no guarda identidad con aquella consignada y regulada en el Decreto 540 de 1977 y el Decreto Ley 1042 de 1978, al estar excluidos los docentes de dichas disposiciones, que son propias de los empleados vinculados a la Rama Ejecutiva del nivel nacional.

Asimismo, se podría plantear la hipótesis que el hecho de que el demandante y el resto de los docentes que presten sus servicios en el Departamento de Sucre, pudiesen eventualmente percibir la prima de antigüedad, se debía al Decreto N° 208 del 05 de marzo de 1981 y no al Decreto Ley 1042 de 1978; escenario en el cual tampoco habría lugar a incluirla como factor a tener en cuenta para liquidar la pensión del actor, en razón a la declaratoria de nulidad de dicha norma por parte de este Tribunal.

Teniendo en cuenta lo desarrollado en la línea argumental que viene de ser expuesta, no es procedente incluir en el IBL para calcular el valor de la mesada pensional de la demandante, la prima de antigüedad por el sólo hecho de encontrarse enlistada en dicha norma sin ahondar en su verdadera naturaleza jurídica, pues como ya se expuso, los docentes están excluidos de percibir tal emolumento en los términos del Decreto Ley 1042 de 1978.

Por todo lo anterior, se determina que el demandante no tiene derecho a que en su base pensional sea incluida la prima de antigüedad y por ello, no hay vocación de prosperidad su pretensión en ese sentido.

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

Con respecto a la prima de servicios para docentes oficiales, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación **SUJ-2150013333010202130013401 (38282014), Abr. 14/16, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:**

la pensión del 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 5° que La prima de servicios que se establece en el artículo 1° 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.

Con respecto a la prima de alimentación, para los años 2014 y 2015, los decretos que la establecían y regulaban para los docentes eran: el Decreto 171 de 2014 y el Decreto 172 de 2014, y los Decretos 1092 y 116 de 2015. Dichas normas señalaron que el docente tendría derecho a la prima de alimentación por valor de $47.551,00 Pesos M.cte, si en el año 2014 devengaba menos $1.448.249.00 pesos M.cte y el certificado laboral que obra en el folio 20 del expediente indica que el salario de David Enrique Arciniegas González para esa anualidad era de $2.711.939,00 y en el año 2015, el subsidio ascendía a $49.767,00 pesos M.cte siempre y cuando el salario del docente fuese inferior a $1.515.738,00 y de conformidad con la reseñada certificación laboral del folio 20, para esa calenda el sueldo del demandante era de $2.711.939,00 y $2.886.699,00 respectivamente; en consecuencia, no estaba habilitado para recibir tal emolumento y en consecuencia, aquel no puede ser tenido en cuenta para la reliquidación pensional demandada.

Finalmente y para dar respuesta a una de las aristas de la apelación relacionada con los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales, este Tribunal resalta que la propia sentencia de unificación N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019[38] del 25 de abril de 2019, fija los efectos de dicha decisión, al respecto resulta oportuno trascribir los párrafos 73, 74, 75 y 76 de sus consideraciones, así como el numeral segundo de la parte resolutiva, que dan respuesta a las inquietudes del recurrente, así:

> ***73.*** *Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como*

38 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

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.

Bajo las anteriores premisas y al tener esa sentencia carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento, no resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión de que goza la accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta sólo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativo que reliquidó la pensión del demandante, la petición de restablecimiento encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengados por el actor en su último año de servicios; se revocará la sentencia apelada que accedió parcialmente 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 1° de la Ley 62 de 1985, que es vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, no se encontró probado que la entidad demandada hubiese omitido incluir la totalidad de los factores salariales enlistados en la norma aplicable.

cuenta para efectos de la liquidación o reliquidación pensional docente, que el mismo se presentó después de la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia; en aplicación del criterio objetivo valorativo ya enunciado, esta Colegiatura se abstendrá de condenar en costas tanto a la parte demandante como a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 26 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia **DENEGAR**, las pretensiones de la demanda.

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

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

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta Nº 011/2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY