



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 21 de febrero 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 70001-33-33-005-2017-00138-01
Demandante:	Rafael Medina Acuña
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Reliquidación de pensión / Factores salariales aplicables / Régimen de la Ley 33 de 1985 / Sentencia de unificación docentes*

1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 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 29 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto 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.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: El señor, Rafael Medina Acuña, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicita la nulidad parcial de la Resolución N° 0433 del 04 de abril de 2016⁵ expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a favor del demandante, solamente reconociendo la asignación básica y desestimando la prima de navidad, prima de servicios, Bonificación 1566/2014 y demás prestaciones de ley.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se reliquide, ajuste y pague el señor Rafael Medina Acuña la pensión vitalicia de jubilación a partir del día que cumplió su status de pensionado, equivalente al 75% del salario, con todos los factores acreditados.

2.2. Hechos relevantes⁶: El señor Rafael Medina Acuña, manifiesta que cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que se le reconociera su pensión de jubilación por parte de la Nación, Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Expresa que, mediante solicitud N° 2015-PENS-053804 del 01 de octubre de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión jubilación, la cual fue reconocida mediante Resolución N° 0433 del 04 de abril de 2016, la cual desestimó los factores salariales de prima de navidad, prima de servicios, Bonificación Mensual Dec. 1566/14 y demás prestaciones de ley.

Dice que de haber tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales acreditados, habría arrojado a su favor una pensión de jubilación en cuantía de \$2.264.834, o lo que se pruebe, efectiva a partir del 21 de abril de 2015.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de mayo de 2017⁷, siendo inicialmente inadmitido a través de auto del 17 de julio de 2017⁸. Una vez subsanados

⁴ Fl. 2 C. Ppal.

⁵ Fls. 19 y 20 C. Ppal.

⁶ Fls. 1 y 2 C. Ppal.

⁷ Fl. 25 del C. Ppal.

⁸ Fl. 27 Cdo Ppal.

los defectos señalados, fue admitida a través de auto calendarado 05 de septiembre de 2017⁹. El 05 de diciembre de 2017,¹⁰ 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 28 de noviembre de 2018¹¹, 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 Magisterio¹², contestó la demanda manifestando en cuanto a los hechos que no los afirma ni los niega, sino que se atiene a lo que se demuestre en el transcurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, 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; prescripción; 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.

⁹ Fl. 33 C. Ppal

¹⁰ Fl. 45 a 49 C. Ppal

¹¹ Fls. 89-94 C. Ppal.

¹² Fls. 56-69 C. Ppal.

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

Manifestó que al acreditar los supuestos señalados en el art. 1º de la Ley 33 de 1985, a saber: 20 años de servicio y 55 años de edad, procedió a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación, como consta en la Resolución No. 0433 del 04 de abril de 2016.

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

Sobre este particular, trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, entre ellas una de la Sección Segunda con ponencia de la doctora Berta Ramírez de Páez Radiado bajo el 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 efecto de prestaciones económicas y sociales, los docentes que a 31 de diciembre de 1989 estuvieran vinculados, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial.

Puntualizó que los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011 y la parte actora no acredita que estos hayan sido expedidos con alguna de las causales de anulación

Finalizó concluyendo que por todo lo expuesto, la demanda no está llamada a prosperar y solicitó que con base en sostenibilidad financiera del Sistema General de

Pensiones en el evento de ser condenados, se determine la actualización a valor presente (calculó actuarial) del pago que debe realizar el docente, por los factores sobre los cuales nunca se cotizó durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado que en sentencia del 19 de febrero de 2015 No. Interno: 2328-2013, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Sentencia recurrida¹³: El juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes considerandos:

En primer lugar, se refirió a que el régimen aplicable a la docente son las disposiciones normativas de la ley 91 de 1989, y por ende el régimen pensional, es el contemplado en la ley 33 de 1985, por estar vinculado como docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003.

Como quiera que, el debate se centra en establecer si conviene o no reliquidar la pensión del docente por la no inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios; procedió a determinar aquellos factores devengados y no reconocidos, los cuales en este caso son la Bonificación del Dec. 1566/14, la prima de navidad y la prima de servicios, de los cuales sólo cotizó sobre el sueldo; por lo que a la luz de la segunda sub regla que trajo la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, que consagra que los factores salariales a incluir en el IBL para la pensión de vejez son únicamente sobre los que se hayan efectuado aportes; por tanto no es plausible la reliquidación pensional pretendida.

2.6. El recurso de apelación

La parte demandante,¹⁴ apeló la anterior decisión, solicitando se revoque en todas sus partes el fallo de primera instancia; y argumentando en resumen que de las distintas hipótesis previstas por el Consejo de Estado a lo largo del tiempo sobre los factores que se deben incluir en el IBL de liquidación de la pensión; en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, se profirió la Sentencia de Unificación del 04 de Agosto de 2009, con Ponencia del Dr. Héctor Hernando Alvarado Ardila Rad. N° 25000-23-25-000-2006-075009-01, en la cual no se indican taxativamente los factores salariales que conforman la base de liquidación

¹³ Fls. 97- 110 – Del 29 de noviembre de 2018.

¹⁴ Fls. 117 a 134 C. Ppal

pensional, sino que son meramente enunciativos y no impiden la inclusión de otros factores devengados por el trabajador y por ende deben considerarse todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios y realizando los aportes correspondientes en el caso de no haberse aplicado descuento alguno a los mismos, ello en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

Asimismo, cita la sentencia de tutela de fecha 06 de septiembre de 2017, emitida por el Consejo de Estado, Sección Quinta C.P. Alberto Yepes Barreiro, dentro del expediente N° 11001-03-15-00-2017-07898-00, en la que se concluye que las sentencias aplicadas por el Tribunal Administrativo de Nariño no aplican para el caso, al no pertenecer la docente accionante a las personas beneficiadas con el régimen de transición previsto en la ley artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Por lo anterior considera el apelante que, aplicarle a los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003, las sub reglas fijadas en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en especial frente al IBL, implica la configuración de un defecto sustantivo, al aplicarse una regla que no regula el caso concreto.

Señala que, se configura una vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, al acceso a la administración de justicia, la igualdad, al debido proceso y la seguridad jurídica, haciendo referencia a los preceptos constitucionales y legales que los desarrollan¹⁵ y asimismo alude distintos pronunciamientos¹⁶ de las altas cortes sobre el desarrollo de cada uno de ellos.

Por último, indica que la propia Corte Constitucional ha hecho distintos llamados de atención al respeto a la seguridad jurídica como principio fundante del Sistema de Justicia. De ahí, que de conformidad con las leyes vigentes, la inclusión de todos los factores salariales para efectuar la liquidación de la pensión es un asunto de puro derecho, por lo cual no es posible confundir o aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al caso particular y concreto, toda vez que no se ajusta a dichos parámetros, al no estar comprendido en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, ni el artículo 36 de la misma, no le es aplicable la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, aplicada en primera instancia.

¹⁵ Artículos 53, 87, 13, 29, de la Constitución Política de Colombia sobre los derechos a la seguridad social, administración de justicia, igualdad y debido proceso.

¹⁶ Sentencias C- 250 de 2012, T-502 de 2002, C-386 de 2001, SU- 336 de 2017 sobre la seguridad jurídica.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 17 de julio de 2019¹⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionante, en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 30 de agosto de 2019¹⁸, 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 alegatos de conclusión.

La parte demandada Fiduciaria la Previsora S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁹, rindió sus alegatos de conclusión, haciendo una síntesis del régimen aplicable a los docentes, haciendo referencia a la 812 de 2003 y la ley 91 de 1989, la cual señala que 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, gozan del régimen pensional del sector público nacional; disposición que remite a la ley 33 de 1985 que señala como requisitos para obtener una pensión equivalente al 75% de salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, haber completado veinte (20) años de servicios y cincuenta y cinco (55) años de edad y teniendo como factores salariales gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. Lo cual fue modificado por la Ley 62 de 1985, y agregó a los anteriores factores, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Refiere que en el proceso no se logró probar que el acto administrativo demandado mediante el cual se liquidó la pensión del actor estuviese viciado de ilegalidad, ni se desvirtuó si quiera sumariamente la presunción de legalidad del mismo, es decir, que efectuado cotizaciones al sistema sobre todos los factores que depreca.

Señala que, no es posible que se realice una aplicación acuciosa de la norma, 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 los criterios dispuestos en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, emitida por el H. Consejo de Estado, de la cual se desprende que no se puede incluir ningún factor

¹⁷ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁸ Fl. 9 del C. Alzada

¹⁹ Fls. 14-19 Cdno de Alzada. o

diferente para efectos de calcular el IBL con el que se liquidó la prestación objeto de cuestionamiento, siendo errónea la interpretación inadecuada de la norma, al tomar como sustento normativo del Dec. 1545 de 2013.

Explica que, suponer el reconocimiento de factores salariales sobre los que no se realizaron aportes va en detrimento del fondo y los afiliados, lo cual afecta la sostenibilidad del sistema.

En relación con las costas procesales y agencias en derecho expresó que, la entidad demandada no hizo actos dilatorios ni temerarios, ni encaminados a perturbar el curso del procedimiento. Por lo que solicita no condenar en costas y agencias en derecho, en caso de existir una condena en contra de la Nación, conforme a las reglas del Artículo 365 del C.G.P.

En último orden, solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto por la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019, del 25 de abril de 2019, para dar solución al presente problema jurídico por tener carácter vinculante y obligatorio.

Concepto del Ministerio Público: el delegado del Ministerio Público ante esta Colegiatura, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

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

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, se resume en que el caso presente no debe ser resuelto bajo los parámetros de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, toda vez que para liquidar la pensión del actor, se deben tener en cuenta solo las disposiciones legales vigentes, al estar vinculado al Fomag, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, bajo la luz de derechos fundamentales como el de seguridad jurídica, igualdad, debido proceso entre otros.

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 Rafael

Medina Acuña, 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 desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar está a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por***

cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

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

B. Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

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

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

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

Parágrafo 1º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.

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

De lo anterior se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden

nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión; y que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, dicha ley señala:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al siguiente tenor:

“ARTICULO 279. EXCEPCIONES. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

(...)”.

Luego la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de

las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

A su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece el nuevo Régimen prestacional de los docentes oficiales señalando:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

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

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

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que el señor Rafael Medina Acuña, fue nombrado como docente en el Municipio de Majagual, mediante Dec. 00088 del 30 de agosto de 1993, con fecha de posesión, el 02 de septiembre de 1993 y efectos fiscales en la misma calenda;²⁰ 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

²⁰ Folio 24 -De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre. Fecha que no coincide por días con la consignada en la Resolución de reconocimiento (Fl 19), pero esa fecha y hecho no están en discusión.

reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, norma esta que fue modificada por la Ley 62 la cual en su artículo 1º señala:

Artículo 1º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

“(...) valga anotar, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en caso de no haberse cotizado sobre factores que deban ser tenido en cuenta, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.

Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera 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 N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019²¹ 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,

²¹ 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

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

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, **están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993** que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, **tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993** que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (negrillas del despacho)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

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

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

“68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años²². 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:

²² 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.

REGÍMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO UNIFICACIÓN			
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	
• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985		• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años		✓ 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% ²³ (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)	▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
	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.		

Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes:

²³ 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 todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

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

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

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

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la **Resolución N° 0433 del 04 de abril de 2016**, 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 un 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 salariales²⁴.

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; y como quiera que el demandante solo cotizó sobre el sueldo, 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 utilizada como fundamento por el de instancia, no es aplicable al caso concreto, puesto que la propia jurisprudencia excluye a los docentes del magisterio, el cual tiene un régimen especial.

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

- ⇒ El señor Rafael Medina Acuña nació el 20 de abril de 1960²⁵; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 20 de abril de 2015.
- ⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 02 de septiembre de 1993²⁶.
- ⇒ Según la Resolución N° 0433 del 04 de abril de 2016, adquirió su status de pensionado el **20 de abril de 2015**.
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación nacional, al menos hasta el 09 de febrero de 2017²⁷.
- ⇒ Al demandante, le fue reconocida la pensión de jubilación, conforme al último año de servicios anterior al status, en cuantía de \$1.913.984,00, efectiva a partir del 21 de abril de 2015 ²⁸; para tal fin, se le aplicaron entre otras la ley 33 de 1985, Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969.

²⁴ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de declaraciones y condenas visible a folio 2

²⁵ De acuerdo con la Fotocopia de la Cedula visible a Folio 22 del C. Ppal.

²⁶ Fecha que se toma del Certificado de tiempo de servicio a folio 24, la cual no coincide por días con la fecha consignada en la resolución, sin embargo se toma esta fecha, por no estar en discusión el derecho pensional del actor.

²⁷ Por ser esta la fecha de expedición del certificado de tiempo de servicios.

²⁸ fecha en la cual el actor contaba con más de cincuenta y cinco (55) años de edad.

La pensión vitalicia de jubilación, le fue reconocida teniendo como factores salariales el promedio de la asignación básica mensual, el auxilio de movilización y la prima de vacaciones²⁹, esto es, la suma de \$1.913.984,00

Así mismo, del certificado de salarios aportado, se desprende que el señor Rafael Medina Acuña devengó durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status (2015), los siguientes factores salariales³⁰:

Factores salariales	Valor
Asignación básica (sueldo)	\$2.517.083,00
Sobresueldo	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00
Bonif. Mensual Dec 1566/14	\$25.170,83
Prima de alimentación	\$00
Prima de transporte	\$00
Auxilio de movilización	\$28.386,00
Prima de clima	\$00
Prima de grado	\$00
Horas extras	\$00
Prima de servicios	\$1.258.541,50
Prima vacacional docente 1/12	\$1.258.541,00
Prima de navidad	\$2.650.347,46
TOTAL \$	\$7.738.070

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, 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 y **acreditados** 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), auxilio de movilización, prima de vacaciones, **prima de navidad, prima de servicios y la Bonificación Mensual del Decreto 1566 de 2014.**

²⁹ Ver folio 19 parte inferior.
³⁰ De acuerdo al Formato único para la Expedición de Certificado de Salarios, obrante a folio 23.

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación³¹ N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³² como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

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

En este caso en concreto, la pretensión se refiere a la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho 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, no coinciden con los enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, tal como se detalla a continuación:

Factores reconocidos por la Ley 62 de 1985	Factores salariales devengados según condiciones	Factores reconocidos por la resolución No. 0433 del 04 de abril de 2016
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,		
La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada		

³¹ Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación
³² 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
³³ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 23 del expediente.

nocturna en día de descanso obligatorio.		
	Auxilio de movilización	Auxilio de movilización
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	Prima de Navidad	X
	Prima de servicios	X
	Bonificación mensual Dec 1566/14	X

Vale anotar que, el certificado de salarios con el que se pretende demostrar los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado, -que va del veinte (20) de abril de 2014 a veinte (20) de abril de 2015-, abarca sólo cuatro meses de dicho periodo, pues acredita los factores salariales devengados desde el primero (01) de enero de 2015, hasta el treinta (30) de diciembre de 2015 de manera general, sin desglosar exactamente los meses en que fueron devengados; sin embargo, como quiera que la Bonificación Mensual del Decreto 1566/14 es un emolumento pagadero mensualmente a partir del 1° de junio de 2014³⁴ y que se logró demostrar con las evidencias allegadas al dossier que el docente laboró de manera continua desde el año 1993³⁵ y al menos al 9 de febrero de 2017³⁶, en aras de garantizar la efectividad de los derechos laborales del actor, es factible colegir para esta colegiatura que devengó la referida Bonificación Mensual desde la fecha de creación de ese elemento y a hasta la fecha de adquisición del status.

Por lo anterior, es necesario precisar que si bien es cierto la **bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014**³⁷, 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

34 Decreto 1566 de 2014
“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.”

³⁵ Según lo consignado en el certificado de tiempo de servicios a folio 24 del C. Ppal.
³⁶ Por ser esta la fecha de expedición del certificado de tiempo de servicios.
³⁷ “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”

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 decreto³⁸ el cual por tener el carácter de reglamentario adiciona la Ley 33 de 1985 respecto de ese factor salarial pero sólo en el período en que la misma ley ordenó que fuese reconocido; esto es; **el primero (01) de junio de 2014 y hasta el veinte (20) de abril de 2015**, fecha de adquisición del status de pensionado, de conformidad con las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, respecto a los demás factores salariales devengados y no reconocidos con la Resolución demandada como lo son la **prima de navidad** y la **prima de servicios**, se tiene que dichos factores no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y ésta colegiatura acoge lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la cual se modifica la línea que con antelación venía predicando tanto el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa como este Tribunal, sobre la base para ordenar el reconocimiento y la reliquidación pensional; esto es, teniendo en cuenta para efecto de la liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, tesis que perdió vigencia con la sentencia de unificación pluricitada, que ordena reliquidar la pensión de aquellos docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2013, con el 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente y como factores a tener en cuenta, únicamente los enlistados en la Ley 62 de 1985, por lo que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, en su totalidad, así que, solo con fines ilustrativos se harán las siguientes precisiones:

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

³⁸ 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.

1045/1978, que la definen como una prestación social; por ello, es que no es posible considerarla como un factor salarial a tener en cuenta en la reliquidación pensional docente.

Con relación 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.

Bajo las anteriores premisas y al tener esa sentencia carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento, resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, de manera parcial dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión de que goza el accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta 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 a la adquisición del status de pensionado.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad parcial del acto administrativo que liquidó la pensión del demandante y 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 anterior a la adquisición al status; se revocará la sentencia apelada que negó en su totalidad las pretensiones; 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; sin embargo, 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, incluidos los pensionales, así no se encuentre en el listado taxativo de la norma reseñada, máxime cuando aquel se devengó dentro del año anterior a la fecha de adquisición del status pensional de la demandante, **pero únicamente podrá ser tenido en cuenta desde el 01 de junio de 2014 y hasta el 20 de abril de 2015;** en razón a la fecha de creación de dicho factor salarial y a que la pretensión se dirigió a la reliquidación con base en el último año de servicios anterior a la adquisición del status.

3.4. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁹, tenemos que:

“ a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

³⁹ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, entiende este Tribunal que nos encontramos frente al escenario en que se revoca la decisión de primera instancia que negó en su totalidad las pretensiones de la demanda y que, en esta instancia la entidad demandada fue vencida en juicio y en el transcurso del mismo, se produjo un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de que factores debían tenerse en 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 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 29 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto 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° 0433 del 04 de abril de 2016**, suscrita por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al docente demandante, conforme a lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho **ORDENESE** 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 la **Bonificación Mensual Decreto 1566 del 1° de junio de 2014**, 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 al status.

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.

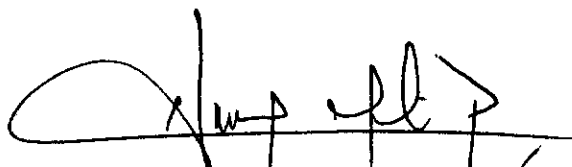
QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 192 y 203 de la ley 1437 de 2011.

SEXTO: 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° 027/ 2020

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANDRÉS MEDINA PINEDA


EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE


RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY