



## 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 70001-33-33-006-2017-00271-01
Demandante:	<b>María del Carmen Tovar Herazo</b>
Demandado:	<b>Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.</b>
Procedencia:	Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo

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

#### 1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019<sup>1</sup>, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley<sup>2</sup> y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho<sup>3</sup>.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 18 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

<sup>3</sup> Artículo 18 Ley 446 de 1998.

## 2. ANTECEDENTES

**2.1. Pretensiones<sup>4</sup>:** La señora María del Carmen Tovar Herazo 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° 0301 del 29 de marzo de 2007<sup>5</sup>, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor de la demandante, **sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada.**

Así mismo, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo N° 1253 del 15 de septiembre del 2016<sup>6</sup>, aclarada por la Resolución N° 0047 del 03 de enero de 2017<sup>7</sup>, **que le reconoció la reliquidación de la pensión de jubilación a la actora, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.**

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación **a partir del 18 de noviembre del 2005**, equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados **durante el último año anterior a la adquisición de status de pensionada** y que del valor reconocido se le descuenta de lo que fue reconocido y cancelado en virtud de las resoluciones N° 0301 del 29 de marzo del 2007 y N° 1253 del 15 de septiembre de 2016, ambas expedidas por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre.

**2.2. Hechos relevantes<sup>8</sup>:** La señora María del Carmen Tovar Herazo, manifiesta que laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por esa entidad, según la sentencia del 21 de noviembre de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Señala que, en el acto de reconocimiento pensional, se incluyó como base de liquidación únicamente la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la **prima**

<sup>4</sup> Fls. 1-2 C. Ppal.

<sup>5</sup> Folio 19- 20 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

<sup>6</sup> Folios 21 y 22 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre.

<sup>7</sup> Folio 23 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

<sup>8</sup> Fl. 3 C. Ppal.

**de navidad, la prima de vacaciones** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

Asimismo, aduce que en el acto de reliquidación pensional demandado, no se incluyó la **prima de servicios** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios.

**2.3. Actuación procesal:** La demanda se presentó el 29 de septiembre de 2017<sup>9</sup>, siendo admitida a través de auto calendado 30 de mayo de 2018<sup>10</sup>. El 26 de julio de 2018<sup>11</sup>, 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 06 de diciembre de 2018<sup>12</sup>, se surtieron las etapas procesales, prescindió de la audiencia de pruebas y corrió traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

#### **2.4. Pronunciamiento de la parte demandada**

**La entidad demandada**, contestó de forma extemporánea<sup>13</sup>.

**El Ministerio Público**, no emitió concepto en esta oportunidad procesal.

**2.5. Sentencia recurrida**<sup>14</sup>: La Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien el Consejo de Estado ha tomado distintas posturas acerca de cuáles factores deben incluirse en el IBL para calcular la pensión de los docentes; lo cierto es que al proferirse la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, cesó el efecto jurídico unificador de la Sentencia del 04 de agosto de 2010 que se venía aplicando y que manejaba un concepto diferente sobre la interpretación del IBL consagrada en el artículo 3 de la ley 33 de 1985.

En ese entendido, para el juzgado; el concepto de salario utilizado por el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, debe entenderse como el integrado por

---

<sup>9</sup> Fl. 28 del C. Ppal

<sup>10</sup> Fl. 31 C. Ppal

<sup>11</sup> Fl. 37 a 39 C. Ppal

<sup>12</sup> Fls. 133 a 137 C. Ppal.

<sup>13</sup> Según constancia secretarial obrante a folio 110 del expediente, el termino del traslado de que habla el artículo 172 del C.P.A.C.A. empezó el 4 de septiembre de 2018 y finalizó el 16 de octubre de 2018; recibíéndose escrito de contestación el 08 de noviembre de 2018 (fls. 113 a 126) cuando dicho termino estaba vencido.

<sup>14</sup> Fls. 139 a 146 C. Ppal.

los factores del artículo 3 de la ley 33 de 1985, es decir, sobre los cuales se hayan realizado aportes.

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

*Finamente afirmó que, a la demandante no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todo lo devengado en el año anterior al status de pensionada y el año anterior al retiro del servicio, puesto que no realizó aportes sobre dicho factor.*

## **2.6. El recurso de apelación**

**La parte demandante,**<sup>15</sup> apeló la anterior decisión, teniendo presente que aquella debe ser revocada y se debe ordenar el reconocimiento, inclusión y pago de todos y cada uno de los factores salariales devengados por su representada; ello, sustentado en que en que la sentencia de unificación que el juez aplicó para tomar la decisión objeto del recurso, resulta inaplicable para el presente caso, no sólo porque la propia sentencia expresamente lo determina, sino por cuanto los docentes fueron expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993.

Hace referencia a un pronunciamiento del Consejo de Estado, C.P. Rocío Araujo Oñate, a través de sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela con radicado N° 11001-032-15-000-2018-03012-00, y la sentencia del 4 de octubre de 2018 con radicado N° 11001031500020180288900, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, como soporte para afirmar que la no aplicación de la Sentencia de Unificación en los referidos casos, deja entrever la flagrante violación a la igualdad y al principio de favorabilidad a favor del demandante.

Manifiesta que, debe tenerse en cuenta que los afiliados al Fondo Prestacional del Magisterio por tratarse de empleados públicos de régimen especial, están cobijados

---

<sup>15</sup> Fls. 150 a 174 C. Ppal

por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por remisión expresa de la Ley 91 de 1989 y reitera que son expresamente exceptuados del régimen de prima media que se consolidó con la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003. Por lo anterior, los docentes son cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, que es una norma especial para este grupo de empleados públicos.

En tal sentido, cita las sentencias del Consejo de Estado del 22 de noviembre de 2007, Sala de Consulta del servicio Civil con radicación 1.857 y del 16 de marzo de 2017, expediente No. Interno 1078-2014, que a su juicio ratifican el derecho de su representado. Asimismo cita la sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2016, ratificada por el 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, manifiesta que se evidencia una transgresión de los derechos del accionante que pertenece al grupo de pensionados como sujetos que merecen especial protección del Estado por la aplicación restrictiva de las reglas que impone esta sentencia que ha sobrepasado en sentido estricto los principios del derecho laboral, constitucional y administrativo, así como el precedente jurisprudencial, pero en el ejercicio de los operadores judiciales, se estudia e interpreta, pues si bien es cierto la sapiencia del ejercicio jurisdiccional se da en cada decisión y no sólo es atender un lineamiento por un superior jerárquico, sino esbozar por qué ese

lineamiento puede o no estar acorde al caso concreto, en virtud de la autonomía judicial, para tal efecto debe dársele un tratamiento transicional pues estaba presentando antes de la jubilación de la nueva unificación jurisprudencial, modificatoria de otra sentencia de unificación jurisprudencia, circunstancias sin antecedentes en Colombia.

En cuanto a las costas procesales y las agencias en derecho, circunscribe las circunstancias especiales que envuelven este caso y que por lo tanto deben ser estudiadas a fondo para su aplicación.

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

**2.7. Actuación en segunda instancia:** A través de auto del 17 de julio de 2019<sup>16</sup>, 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 2019<sup>17</sup>, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

## **2.8. Alegatos de conclusión:**

**La parte demandante:** se abstuvo de presentar sus alegatos de conclusión.

**La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG:** presentó sus alegatos de conclusión de forma extemporánea<sup>18</sup>.

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

---

<sup>16</sup> Fl. 4 del C. Alzada

<sup>17</sup> Fl. 9 del C. Alzada

<sup>18</sup> Según nota secretarial del folio 13 del cuaderno de alzada, el término para presentar alegatos de conclusión inició el 3 de septiembre de 2019 y finalizó el 17 de septiembre de 2019, recibíndose escrito de alegaciones por parte de la entidad demandada el 18 de septiembre de 2019, cuando dicho término se encontraba vencido.

### 3. CONSIDERACIONES

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

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante se resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que la sentencia de unificación aplicada por el juez de primera instancia resulta inaplicable para el presente caso, no sólo porque la propia sentencia expresamente lo determina, sino por cuanto los docentes fueron expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993.

**3.1. Problema Jurídico:** Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante, el problema jurídico a resolver se plantea en determinar si la señora María del Carmen Tovar Herazo tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año inmediatamente anterior a la adquisición de su status de pensionada respecto a la Resolución N°0301 del 29 de marzo del 2007 y frente al acto administrativo N° 1253 del 15 de septiembre del 2016 aclarada por la Resolución N° 0047 del 03 enero de 2017, si es factible la reliquidación con base en lo devengado en el último año de servicios; teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia de conformidad a la forma como fueron planteadas las pretensiones, se refirió a esos dos momentos y actos administrativos.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El régimen pensional docente, ii) La sentencia de Unificación de abril 25 de 2019 sobre los factores a considerar al momento de liquidar la pensión y, iii) Caso concreto.

**3.2. Régimen pensional docente:** En virtud del proceso de nacionalización la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales, la predicha Ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente:

*“Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: Ver art. 6. Ley 60 de 1993.*

*1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen*

prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Ver **Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil**

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.  
(Subrayado fuera de texto)

## **2.- Pensiones:**

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar está a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.**

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

### **B.**

Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

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

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

*Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que 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 a la demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que la señora María del Carmen Tovar Herazo fue nombrada como docente en la I.E. Carmelo Percy Vergara del municipio de Corozal - Sucre, mediante Decreto 00978 del 10 de noviembre de 1978, con fecha de posesión el 13 de noviembre del mismo año y efectos fiscales en la misma calenda<sup>19</sup>; 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 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*

<sup>19</sup> Fl 24 - De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre, fecha que coincide con la resolución de reconocimiento y pago de la pensión de la actora, sin embargo no está en discusión la fecha de adquisición del status, pero esa calenda no es objeto de debate judicial.

*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-S2-2019<sup>20</sup> 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

---

<sup>20</sup> 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

pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto la Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta, para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla, la cual se transcribe in extenso:

### **3.3.1. Pensión Ordinaria de Jubilación de los Servidores Públicos del orden Nacional previsto en la ley 33 de 1985:**

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

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

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

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

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

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

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

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

*“68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años<sup>21</sup>. Esto quiere decir, que para el ingreso*

---

<sup>21</sup> 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.

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:

<b>RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL</b>			
<b>ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</b>			
<b>Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</b>		<b>Régimen pensional de prima media</b>	
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.	
<b>Normativa aplicable</b>		<b>Normativa aplicable</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989</li> <li>• Ley 33 de 1985</li> <li>• Ley 62 de 1985</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003</li> <li>• Ley 100 de 1993</li> <li>• Ley 797 de 2003</li> <li>• Decreto 1158 de 1994</li> </ul>	
<b>Requisitos</b>		<b>Requisitos</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>55 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Tiempo de servicios: 20 años</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Edad: <b>57 años</b> (H/M)</li> <li>✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003</li> </ul>	
<b>Tasa de remplazo - Monto</b>		<b>Tasa de remplazo - Monto</b>	
<b>75%</b>		<b>65% - 85%<sup>22</sup></b> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
<b>Ingreso Base de Liquidación – IBL</b>		<b>Ingreso Base de Liquidación – IBL</b>	
<b>Periodo</b>	<b>Factores</b>	<b>Periodo</b>	<b>Factores</b>
Último año de servicio docente  (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación</li> <li>▪ dominicales y feriados</li> <li>▪ horas extras</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada</li> </ul>	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los <b>10 años</b> anteriores al reconocimiento de la pensión  (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ asignación básica mensual</li> <li>▪ gastos de representación</li> <li>▪ prima técnica, cuando sea factor de salario</li> <li>▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</li> </ul>

<sup>22</sup> 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.

	nocturna o en día de descanso obligatorio <b>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna</li> </ul>
	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.		(Decreto 1158 de 1994)

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

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

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

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

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

**3.3. El caso concreto:** En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de las Resoluciones N° 00301 del 29 de marzo del 2007 y N° 1253 del 15 de septiembre de 2016, aclarada por la Resolución 0047 del 03 de enero de 2017, a través de la cual, en el caso del primer acto administrativo, la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a una docente Nacionalizada y con los otros dos, se reliquidó la misma y frente a las cuales, se estableció en su parte resolutive (cuarto respectivamente) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar las citados resoluciones.

Como restablecimiento del derecho impetra se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados, tal como el equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores devengados durante el año anterior al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado<sup>23</sup>.

La juez de instancia, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que los factores deprecados por la accionante no se hayan descritos en el listado taxativo de la ley 62 de 1945, ni se demostró que sobre ellos se hubiese hecho aportes.

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

- ⇒ La señora María del Carmen Tovar Herazo nació el 18 de noviembre de 1950<sup>24</sup>; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 18 de noviembre de 2005.
- ⇒ La demandante, empezó a trabajar como docente el 13 de noviembre de 1978 y prestó sus servicios **hasta el 13 de enero de 2016**, momento en el cual se presentó el retiro forzoso<sup>25</sup>.
- ⇒ Según la Resolución N° 00301 del 29 de marzo de 2007, adquirió su status de pensionada **el 18 de noviembre de 2005**<sup>26</sup>.
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacionalizada<sup>27</sup>, y mediante Resolución N° 1253 del 15 de septiembre de 2016<sup>28</sup> le fue

<sup>23</sup> Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 2.

<sup>24</sup> Según copia de la cedula de ciudadanía del folio 18 del C. Ppal.

<sup>25</sup> De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre que reposa en el folio 24 del expediente, que coincide con la información plasmada en la parte motiva de la resolución N° 1253 de 2016 (Fl 21).

<sup>26</sup> Fls. 19 y 20. De conformidad con el acto de reconocimiento pensional. Vale anotar que se toma la fecha ahí consignada, en tanto, no se discute en este proceso el derecho al reconocimiento pensional.

<sup>27</sup> Tal como lo señala el Formato Único Para Expedición De Certificado De Salarios visible a folio 25 y 26.

<sup>28</sup> Folios 21 y 22

reliquidada la pensión, acto administrativo que es aclarado a través de la resolución 0047 del 03 de enero de 2017 (Fl 23)

Se logró demostrar que los factores devengados por la docente en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada (2004-2005), son los siguientes:

Factores salariales	Período 2004/2005 Resolución 0047/17	Período 2004/2005 Resolución 0047/17
Asignación básica (sueldo)	\$1.463.754,00	\$1.536.357,00
Sobresueldo	\$00	\$00
Prima de alimentación	\$26.920,00	\$26.920,00
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 semestral	\$00	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$745.337,00	\$781.638,50
Prima de navidad	\$1.552.785,42	\$1.628.413,54
<b>TOTAL \$</b>	<b>\$3.788.796</b>	<b>\$3.973.329</b>

En el acto de reconocimiento y liquidación pensional de la actora, tuvo en cuenta como factor salarial el **promedio de la asignación básica mensual**, cuya mesada pensional corresponde al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al status, esto es, la cuantía de \$1.208.249,00 efectiva a partir del 19 de noviembre de 2005, para lo cual se aplicó entre otras disposiciones legales, la ley 6º de 1945, ley 33 de 1985, ley 91 de 1989, ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.<sup>29</sup>

Así mismo, se logró probar que la docente demandante prestó sus servicios de manera continua desde el 13 de noviembre de 1978 y devengó durante el último año de servicios anterior a la fecha del retiro (2014-2015), los siguientes factores salariales:

Factores salariales	Período 2014/2015 Resolución 0047/17	Período 2014/2015 Resolución 0047/17
Asignación básica (sueldo)	\$2.711.939,00	\$2.866.699,00
Sobresueldo	\$00	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00	\$00
Bonf. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$27.119,39	\$28.666,99
Prima de alimentación	\$26.920,00	\$26.920,00
Prima de transporte	\$00	\$00
Auxilio de movilización	\$00	\$00
Prima de clima	\$00	\$00
Prima de grado	\$00	\$00
Horas extras	\$00	\$00

<sup>29</sup> Tal como se indica en la Resolución de reconocimiento pensional ibídem.

Prima de servicios	\$1.382.989,20	\$1.461.143,00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.440.613,74	\$1.522.023,95
Prima de navidad	\$3.001.278,63	\$3.170.883,24
<b>TOTAL \$</b>	<b>\$8.590.860</b>	<b>\$9.076.336</b>

Se encuentra acreditado igualmente que, le fue reliquidada a la actora su derecho pensional de jubilación mediante resolución N° 1253 del 15 de septiembre de 2016, en cuantía de \$2.492.696,00 efectiva a partir del 13 de enero de 2016, para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 6ª de 1945, ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y ley 91 de 1989 y teniendo como factores salariales **el promedio de asignación básica, promedio de bonificación especial Decreto 1566/2014, promedio de prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad**<sup>30</sup>; esto es, la suma de \$2.492.696,00 pesos, correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio.

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculada la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la actora 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 la actora cumplió a cabalidad<sup>31</sup>, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido por la actora en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status jurídico de pensionado<sup>32</sup> y el acto administrativo de reliquidación con los factores devengados en su último año de servicios.

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación<sup>33</sup> No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>34</sup> 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

<sup>30</sup> Ver folio 21.

<sup>31</sup> A la fecha del reconocimiento pensional, la docente contaba con 20 años de servicio.

<sup>32</sup> Así se solicita en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 1 y 2.

<sup>33</sup> Ver Párrafo 70 S.U.

<sup>34</sup> 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

equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

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

Ahora bien, al analizar las pretensiones de la demanda, observa la Colegiatura que en el sub examine, se solicita la declaratoria de nulidad parcial de la **Resolución N°0301 del 29 de marzo de 2007**, mediante la cual se reconoció y liquidó la pensión de jubilación a la demandante, sin incluir todos los factores salariales **percibidos en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionado**; y la declaratoria de nulidad parcial de la **Resolución 1253 del 15 de septiembre del 2016 y aclarada mediante la Res N° 0047 del 03 de enero de 2017** (Únicamente en lo referido al número de cédula de la docente), mediante la cual se reliquida la misma, sin incluir todos los factores salariales **percibidos en el último año de servicios**.

Sin embargo; en el título de restablecimiento del derecho, sólo se depreca que se le reconozca y pague la pensión ordinaria de jubilación **a partir del 18 de noviembre del 2005 (Fl 2)**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados **durante el año anterior al momento de adquirir el status jurídico de pensionado**; situación que teniendo en cuenta las pruebas aportadas en el proceso y haciendo uso del Principio de Caridad<sup>35</sup>, se entenderán tal como fueron planteadas por el demandante; en consecuencia, al analizar tanto los hechos como las pretensiones; concluye esta colegiatura que en principio se debe abordar el estudio sí hay lugar a declarar la nulidad de todos los actos administrativos demandados y posteriormente, ubicados en el escenario del restablecimiento; en el evento en que se accediese a dicho pedimento, aquello, únicamente procedería con respecto al año anterior a la

<sup>35</sup> (CSJ AP, 9 de sept. de 2015, rad. 46235). “Acorde con la jurisprudencia de la Sala, el **principio de caridad** propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible.” (negritas fuera de texto).

adquisición del status, porque en el contexto del último año de servicios, el reseñado restablecimiento no fue solicitado.

Definido como está, el panorama planteado anteriormente, se encuentra que en relación a la pretensión referida a la nulidad de todos los actos administrativos y la correspondiente reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho; con relación al último año anterior a la adquisición del status y la referida a la reliquidación de la misma teniendo como factores salariales los devengados en el último año de servicio anterior al retiro, estima esta Colegiatura que se deben detallar o hacer explícitas las singularidades de cada caso, así:

Ley 62 de 1958	Factores reconocidos por la Resolución N° 0039 del 29 de marzo de 2007 (recomendación) - Filas 21 y 22	Factores salariales efectivamente devengados según certificación (2014-2015) - Fil 25	Factores reconocidos por la Resolución N° 1253 del 15 de septiembre de 2016 (reliquidación) - Fil 21 y 22	
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica	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 nocturna en día de descanso obligatorio.				
	Prima de alimentación	X	Prima de alimentación	X
	Prima vacacional docente 1/12	X	prima vacacional docente	Prima vacacional docente
	Prima de navidad	X	Prima de navidad	Prima de navidad

			Prima de servicios	X
			Bonificación mensual Docente Dec. 1566/14	Bonificación mensual Docente Dec. 1566/14
				Prima de grado

Como viene de ser expresado en las consideraciones de esta providencia, la señora Tovar Herazo, de acuerdo con los certificados de salarios que reposan en el expediente, **en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada**, devengó además de la asignación básica; (i) la prima de alimentación, (ii) prima de vacaciones y (iii) prima de navidad; estos tres últimos elementos, no le fueron incluidos en el acto de reconocimiento pensional (Resolución N° 00301 del 29 de marzo de 2007) y **en el último año de servicios anterior al retiro**, devengó además de la asignación básica, la Bonificación mensual Dec. 1556/2014, prima de vacaciones, prima de navidad, **(I) la prima de servicio y (II) la prima de alimentación**; a excepción de las dos últimas, las demás fueron objeto de reconocimiento al reliquidar la pensión de jubilación (Resolución N° 1253 del 15 de septiembre de 2016).

Ahora bien, respecto a la prima de alimentación, la prima vacacional y la prima de navidad, que son los elementos que no fue tenido en cuenta en la que en la resolución 00301 de 2007 de reconocimiento, **(en razón a que la pretensión de restablecimiento se dirige a reliquidar la pensión conforme al último año de servicios anterior al status)**; encuentra este Tribunal que la entidad demanda no omitió incluir ninguno de los enlistado en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, pues los devengados y ya relacionados, no se encuentran allí enunciados y por ello, no hay lugar a declarar la nulidad deprecada.

Continuando con las pretensiones de nulidad tal como fueron formuladas, es ineludible analizar si existe causal que afecte la validez de los actos administrativos que fijaron la reliquidación de su pensión con los factores devengados en el último año de servicio, se tiene que ni la **prima de servicio**, ni la **prima de alimentación**, fueron tenidas en cuenta en la **reliquidación**; **pero**, tales elementos tampoco se encuentran enlistados en el artículo 1° 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 ello, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó lo solicitado; pero en aplicación de la regla de decisión contenida en la sentencia de proferida por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019; en consecuencia, 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 1º de la Ley 62 de 1985, **sin incluir ningún factor que no se encuentre enlistados en el mencionado artículo**, de tal suerte que no es posible acceder a la nulidad deprecada ni a la reliquidación de la pensión con los factores devengados ni dentro los 12 meses anteriores a la adquisición del status de pensionado; ni, en el último año de servicio anterior al retiro, como lo solicita la parte actora.

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<sup>36</sup> del 25 de abril de 2019, fija los efectos de dicha decisión, al respecto resulta oportuno transcribir los párrafos 73, 74, 75 y 76 de sus consideraciones, así como el numeral segundo de la parte resolutive, que dan respuesta a las inquietudes del recurrente, así:

*73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución - , tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política<sup>26</sup> . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.*

*74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del*

<sup>36</sup> 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

*precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

*75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.*

*76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada*

Y el numeral segundo de su parte resolutive estatuyó:

***Segundo:** Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”*

**Conclusión:** En este orden de ideas, teniendo en cuenta que existían dos pretensiones en la demanda; la primera, que buscaban la nulidad el acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante ya que en sentir del demandante **no se tuvieron en cuenta para tal operación todos los factores devengados por la actora en su último año de servicios anterior a la adquisición del status y la segunda**, encaminada a solicitar la nulidad del acto administrativo de reliquidación pensional pues supuestamente se había omitido **la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios anterior al retiro, se confirmará la sentencia apelada que negó lo solicitado**; pero teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento de que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos detallados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que es

vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, no se encontró probado que la entidad demandada hubiese omitido incluir la totalidad de los factores salariales enlistados en la norma aplicable.

**3.4. Condena en costas:** Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018<sup>37</sup>, 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)*

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

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

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

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Tribunal que nos encontramos frente al escenario de un pensionado que fue vencido en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de que factores debían tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, que se presenta después de la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia; en aplicación del criterio

<sup>37</sup> 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)

valorativo ya enunciado, esta Colegiatura se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia adiada 18 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Sincelejo, pero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

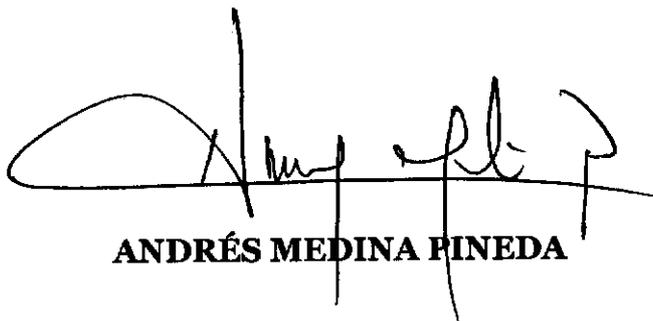
**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, conforme lo establece el Código General del Proceso en el artículo 365.

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

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta N° 027/ 2020

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ANDRÉS MEDINA PINEDA**



**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**



**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**