



## 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 70001-33-33-007-2017-00273-01
Demandante:	<b>William Rafael Benítez Pérez</b>
Demandado:	<b>Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG.</b>
Procedencia:	Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo

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

#### 1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 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, los recursos de apelación interpuestos por la partes demandante y demandada, contra la sentencia del 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

<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:** El señor William Rafael Benítez Pérez 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° **0339 del 11 de agosto de 2014**<sup>5</sup>, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se reconozca, reajuste y pague a el señor William Rafael Benítez Pérez la pensión vitalicia de jubilación a partir del **02 de junio de 2014**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status jurídico de pensionado.

**2.2. Hechos relevantes**<sup>6</sup>: El señor William Rafael Benítez Pérez, manifiesta que laboró por más de veinte (20) años como docente oficial; por ello, cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que se le reconociera su pensión de jubilación reconocida por la Nación, Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, según se indicó en la Sentencia del 21 de noviembre de 1996 del C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Señala que en el reconocimiento de la misma, se tuvo en cuenta la asignación básica, pero se omitió tener en cuenta todos los 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>7</sup>, siendo admitida a través de auto calendado 30 de octubre de 2017<sup>8</sup>. El 22 de enero de 2018<sup>9</sup>, fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

---

<sup>4</sup> Fl. 1 a 2 C. Ppal.

<sup>5</sup> Folio 17 a 19 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo.

<sup>6</sup> Fl. 3 C. Ppal.

<sup>7</sup> Fl. 23 del C. Ppal

<sup>8</sup> Fls. 25 a 29 del C. Ppal

<sup>9</sup> Fl. 32 C. Ppal

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

- ❖ En fecha 28 de septiembre de 2018 (Fl 73 y ss), la parte demandante presenta un escrito que tiene por asunto: SOLICITUD, donde exponen argumentos que en su opinión, debería tener en cuenta el fallador de instancia al momento de decidir, de igual manera, el 09 de octubre de 2018 (Fl 57 y ss), nuevamente anexa oficio con copia de dos sentencias.

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

**La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG**, no contestó la demanda en el término concedido para ello<sup>11</sup>.

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

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

<sup>10</sup> Fls. 66 a 71 C. Ppal.

<sup>11</sup> Según nota secretarial de fecha 22 de enero de 2018 obrante a folio 36 del C. Ppal, se deja constancia que el término del traslado de la demanda de que trata el artículo 172 del C.P.A.C.A, comenzó a correr el 27 de febrero de 2018 y finalizó el 17 de abril de 2018 y solo hasta el 17 de mayo, se recibió escrito de la contestación de la demanda (fls. 47 a 58) por lo que por medio de auto que fija fecha a la audiencia inicial del 21 de junio de 2018, corregido mediante el acta de audiencia concentrada, en la etapa de saneamiento del 28 de agosto de 2018 (fls. 66-71), se da por no contestada la demanda.

<sup>12</sup> Fls. 119 a 132. – Del 21 de noviembre de 2018

para la pensión del docente demandante, al no encontrarse en la taxativa lista de la ley 62 de 1985, artículo 1º y más teniendo en cuenta que sólo los factores sobre los que la docente haya realizado aportes, pueden incluirse como factor salarial en la liquidación de la pensión.

**Sin embargo, accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, en cuanto a la prima de antigüedad**, al considerar que tal prestación si se encuentra enlistada como factor salarial a tener en cuenta para el cálculo del IBL de la pensión, de conformidad con la ley 62 de 1985.

Finalmente, respecto a la solicitud de no aplicación del precedente presentada por la parte demandante, en fecha 28 de septiembre de 2018, el *A quo* sostuvo que, tal petición debía negarse, como quiera que la nueva decisión adoptada mediante sentencia de unificación, es un precedente vertical, en consecuencia tiene carácter vinculante para todos los operadores judiciales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así las cosas, se declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, se ordenó reliquidar la pensión del docente con la inclusión en el IBL de la prima de antigüedad y se condenó en costas a la parte demandada.

## **2.6. El recurso de apelación**

**2.6.1. La parte demandante**<sup>13</sup>, apeló la anterior decisión, teniendo en cuenta que debe ser revocada y en su lugar se debe acceder en su totalidad a las suplicas de la demanda. Ello sustentado en que en que la sentencia de unificación que la 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.

---

<sup>13</sup> Fls 138 a 162 Cdno Ppal.

Manifiesta que, debe tenerse en cuenta que los afiliados al Fondo Prestacional del Magisterio por tratarse de empleados públicos de régimen especial, están cobijados 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, se evidencia que existe una transgresión de los derechos del accionante que pertenece al grupo de pensionados como sujetos que merecen especial protección del Estado por la aplicación restrictiva de las reglas que impone esta sentencia que ha sobrepasado en sentido estricto los principios del derecho

laboral, constitucional y administrativo, así como el precedente jurisprudencial, pero en el ejercicio de los operadores judiciales, se estudia e interpreta, pues si bien es cierto la sapiencia del ejercicio jurisdiccional se da en cada decisión y no sólo es atender un lineamiento por un superior jerárquico, sino esbozar por qué ese lineamiento puede o no estar acorde al caso concreto, en virtud de la autonomía judicial, para tal efecto debe dársele un tratamiento transicional pues estaba presentando antes de la jubilación de la nueva unificación jurisprudencial, modificatoria de otra sentencia de unificación jurisprudencia, circunstancias sin antecedentes en Colombia.

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 N° 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.

**2.6.2. La entidad demandada,**<sup>14</sup> discrepa de la decisión del *A quo*, por lo tanto solicitó se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo el 21 de noviembre de 2018, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de la Resolución que reconoció la pensión de jubilación al docente. Así mismo expresó que en el evento de no acceder a la revocatoria se dé aplicación al principio de la *no reformatio in pejus*, en lo que se refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia impugnada.

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

---

<sup>14</sup> Fls. 163 a 173 C. Ppal

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

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

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

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

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

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

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

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

**2.7. Actuación en segunda instancia:** A través de auto del 30 de julio de 2019<sup>15</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 17 de septiembre de 2019<sup>16</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<sup>17</sup>,** rindió sus alegatos de conclusión, expresando que, si bien que el régimen deprecado por el demandante para liquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la fecha y tipo de vinculación es el establecido en la Ley 33 de 1985; no es posible que se realice una aplicación acuciosa de la norma, en cuanto a la base de liquidación que expresamente se menciona, como quiera que si se llegara a dar aplicación a la norma se estaría desconociendo lo dispuesto en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

En consecuencia, plantea que no corresponde en el presente caso reliquidar la pensión del señor William Rafael Benítez Pérez, toda vez que no es posible incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, por los argumentos esbozados en la sentencia de 25 de abril de 2019, la cual constituye un

---

<sup>15</sup> Fl. 4 del C. Alzada

<sup>16</sup> Fl. 9 del C. Alzada

<sup>17</sup> Fls. 14 y 15 C. Alzada

precedente obligatorio con relación al objeto de la demanda, y por ende tampoco es posible incluir todos los factores salariales sobre los que no se hayan hecho aportes. Trae a colación como ejemplo de aplicación del alcance de la sentencia de unificación, la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima (Rad. 339-2018).

### 3. CONSIDERACIONES

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

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

**3.1. Problema Jurídico:** Teniendo en cuenta que las 2 partes apelaron y sus motivos de inconformidad relacionados con los factores a incluir en la pensión del demandante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor William Rafael Benítez Pérez tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento en el que adquirió el status jurídico 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 adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".*

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

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

De lo anterior se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se registrarán 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 William Rafael Benítez Pérez se vinculó como docente del Colegio Antonio Lenis del municipio de Sincelejo, mediante Contrato N° 34 del 07 de abril de 1992, con fecha de posesión en la misma calenda<sup>18</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 1° señala:

**Artículo 1°.** *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos*

<sup>18</sup> Folio 22 -De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sincelejo. Fecha que no coincide con el acto de reconocimiento, pero que no es objeto de debate judicial.

*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 No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>19</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 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.***

<sup>19</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

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>20</sup>. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”.

Para aclarar, el Régimen Pensional de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, el Tribunal Rector de lo contencioso administrativo realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003</li> <li>• Ley 100 de 1993</li> </ul>

<sup>20</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.

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 33 de 1985</li> <li>• Ley 62 de 1985</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <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>21</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>
<p>Último año de servicio docente</p> <p>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</p>	<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 nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</li> </ul> <p>De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>	<p>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</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<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> <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> <p>(Decreto 1158 de 1994)</p>

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

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

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

<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.

*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, la colegiatura se encuentra habilitada para abordar el estudio de *todos* los factores que debían ser tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, en razón a que las 2 partes apelaron la providencia de primera instancia y el eje del debate propuesto en sus escritos, es precisamente la inclusión o no de los factores devengados en el último año de servicios anterior al retiro y las normas que regulan dicha situación.

Pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 0339 del 11 de agosto de 2014, a través de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a un docente Nacional<sup>22</sup> y frente al cual, se estableció en su parte resolutive (artículo cuarto) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar el citado acto administrativo.

---

<sup>22</sup> De acuerdo con el Formato Único de Certificados de Historia Laboral emanado de la Secretaria de Educación de Sincelejo, que reposa en el folio 22 del C. Ppal.

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

El *A quo* accedió parcialmente a las suplicas de la demanda; decisión que basó en que la mayoría de los factores salariales deprecados, no estaban incluidos taxativamente en la relación que señala el artículo 1 de la ley 62 de 1985, como factores salariales a tener en cuenta en el IBL de la pensión ordinaria de jubilación de la demandante y sustentó su postura en aplicación de la segunda sub-regla de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 (numeral 96 de la providencia) y accedió a reconocer la prima de antigüedad porque aquella si se encuentra enlistada en la norma.

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

- ⇒ El señor William Rafael Benítez Pérez nació el 02 de junio de 1959<sup>24</sup>; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 02 de junio de 2014.
- ⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 07 de abril de 1992.<sup>25</sup>
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación **Nacional**, hasta el 01 de septiembre de 2017, lo cual se desprende del formato único para la expedición de certificados de historia laboral, que obra en el folio 22 del expediente.
- ⇒ Mediante la Resolución N° 0339 del 11 de agosto de 2014, le fue reconocido y ordenado el pago de la pensión vitalicia de jubilación del docente demandante, a partir del **02 de junio de 2014**.

El derecho pensional le fue reconocido y liquidado, teniendo como factores salariales el promedio de la asignación básica mensual, horas extras y la prima de vacaciones esto es, la suma de \$1.963.043,00.

Así mismo, se logró demostrar que el docente devengó durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su status de pensionado (2013-2014), los siguientes factores salariales<sup>26</sup>:

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

<sup>25</sup> De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaría de Educación de Sincelejo que reposa en el folio 22 del expediente, que no coincide con la fecha del acto administrativo de reconocimiento Fl 17, sin embargo no está en discusión tal hecho.

<sup>26</sup> De acuerdo a lo consignado en el formato único para la expedición de certificado de salarios, emanado de la Secretaría de Educación Municipal folio 20.

Factores salariales	Desde: 01/01/2013 Hasta: 31/12/2013	Desde: 01/01/2014 Hasta: 11/12/2014
Asignación básica (sueldo)	\$2.313.189,00	\$2.381.197,00
Sobresueldo	\$00	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00	\$00
Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$00	\$23.812,00
<b>Costos acumulados prima de antigüedad</b>	\$00	<b>\$2.287.487,00</b>
Prima de alimentación	\$00	\$25.541,00
Prima de transporte	\$00	\$00
Auxilio de movilización	\$00	\$00
Prima de clima	\$00	\$00
Prima de grado	\$00	\$00
Prima de servicios	\$00	\$555.613,00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.156.594,00	\$1.225.886,00
Prima de navidad	\$2.409.572,00	\$2.553.930,00
<b>TOTAL \$</b>	<b>\$5.879.355,00</b>	<b>\$9.027.925,00</b>

Y devengó las horas extras relacionadas a continuación<sup>27</sup>:

Año 2013		Año 2014	
MES	VALOR	MES	VALOR
Junio	\$814.562,00	Mayo	\$848.652,00
Julio	\$529.956,00	Junio	\$626.386,00
Agosto	\$260.094,00	Julio	\$282.884,00
Septiembre	\$392.560,00	Agosto	\$272.781,00
Octubre	\$235.536,00	Septiembre	\$262.678,00
Noviembre	\$235.536,00	Octubre	\$444.532,00
Diciembre	\$392.560,00	Noviembre	\$313.193,00
x	x	Diciembre	\$525.356,00
<b>TOTAL: \$6.386.266,00<sup>28</sup></b>			

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculado el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable al actor es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales cumplió a cabalidad, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

<sup>27</sup> Anexo Horas extras, de acuerdo a lo consignado en el formato único para la expedición de certificado de salarios, emanado de la Secretaría de Educación Municipal folio 21.

<sup>28</sup> El objeto del presente proceso de conformidad con las pretensiones radica en la inclusión o no de determinados factores salariales percibidos por el docente en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status, no se cuestiona judicialmente si los incluidos estuvieron bien calculados.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, que en el presente asunto, lo es la inclusión de la Asignación básica (sueldo), Horas extras, prima de vacaciones, **prima de navidad, Bonificación Mensual Dec 1566/14, prima de servicios, y la prima de antigüedad.**

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación<sup>29</sup> N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>30</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 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 pensional 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 parcialmente con los enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985; tal como se detalla a continuación:

Ley 62 de 1985	Factores salariales efectivamente devengados según certificación <sup>31</sup>	Factores reconocidos por la Resolución No. 0330 del 11 de agosto de 2014
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica

<sup>29</sup> Ver Párrafo 70 S.U.

<sup>30</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>31</sup> De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 20 del expediente.

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

Ahora bien, la **prima de antigüedad** se encuentra enlistada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985; sin embargo, el certificado aportado señala que se trata de **costos acumulados** por ese concepto, que fueron pagados en el año 2014 y el Tribunal no tiene certeza respecto a si se trata de los costos acumulados del último año de servicios anterior a la adquisición del status o comprende también otros años anteriores y esa sería razón suficiente para negar su inclusión como factor a tener en cuenta en una hipotética reliquidación; adicional a lo expuesto, el demandante tiene la condición de docente **Nacional** y su vinculación a la docencia se materializó en el año 1992 y en ese orden de ideas tampoco puede ser reconocido dicho elemento, de conformidad con las razones que pasan a exponerse:

En relación a la **Prima de antigüedad\***, devengada por el accionante dentro del último año de servicios anterior al status, en principio se podría inferir que sólo por el hecho de figurar en el listado taxativo consagrado en el artículo 1º de la ley 62 de 1984, es menester incluirlo como factor salarial para calcular el IBL de la pensión de que goza el docente; sin embargo, como ya lo ha determinado este Tribunal a través de providencias del mes de diciembre de 2019, en las que se asumió una posición definitiva al respecto;<sup>32</sup> el elemento denominado prima de antigüedad, de que trata

<sup>32</sup> Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, con ponencia del M. Dr. Eduardo Javier Torralvo Negrete, mediante sentencia proferida el xx de Diciembre de 2019, dentro del proceso con Radicación N° 70-001-33-33-007-2017-00210-01 y sentencia del 16 de Diciembre de 2019 de la Sala Primera de Decisión Oral, con ponencia del M. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty, dentro del proceso con radicación N° 70-001-33-33-008-2017-00301-01.

el inciso 4º del artículo 3º del Decreto 540 de 1977<sup>33</sup> y los artículos 49<sup>34</sup> y 97<sup>35</sup> del Decreto Ley 1042 de 1978<sup>36</sup>, se constituyó para los funcionarios adscritos a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional; cuya naturaleza corresponde a un incremento salarial por la permanencia del funcionario en el servicio y sólo para aquellos empleados que percibían los incrementos de salarios contemplados en la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977 y que estuvieran vinculados antes del 7 de junio de 1978, fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 1042 de 1978.

Por tal razón, mediante las referidas sentencias proferidas por este Tribunal, se precisó que, tal emolumento no fue constituido para todos los funcionarios del Estado y es tan así, que el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978<sup>37</sup>, preceptuó expresamente que al personal docente, entre otros, no le era aplicable dicha disposición normativa; luego entonces, es factible concluir que los docentes de

---

<sup>33</sup> Por el cual se fija la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional y se dictan otras disposiciones,

<sup>34</sup> **“ARTICULO 49. De los incrementos de salario por antigüedad.** Las personas que a la fecha de expedición de este Decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a o 4a columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre el sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho Decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, trátase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de los organismos que integran la rama ejecutiva de poder público en el orden nacional.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.”

<sup>35</sup> **ARTICULO 97. de los incrementos por antigüedad.** De acuerdo con el artículo 49 de este Decreto, los empleados que estuvieran percibiendo remuneraciones de la tercera o cuarta columnas de la escala salarial fijada en el Decreto 540 de 1977, por efecto de los incrementos establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo la diferencia entre tales remuneraciones y el salario fijado para su cargo en la segunda columna de dicha escala hasta la fecha en que se retiren del servicio, aunque cambien de empleo ya sea por razón de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo. En caso de cambio de entidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 49.

<sup>36</sup> “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”

<sup>37</sup> **ARTICULO 104. De las excepciones a la aplicación de este decreto.** Las normas del presente Decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

**b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.**

**Declarado exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional C- 566 de 1997.**

c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobado, salvo lo previsto en el artículo 72.

d) Al personal de las fuerzas militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto 540 de 1977.

e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.

f) A los empleados del sector técnico - aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.

cualquier orden, no tenían derecho al pago de ese emolumento.

De lo anterior se colige que, si bien el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985, consagra taxativamente la prima de antigüedad como factor salarial; tal disposición sólo les aplica a los funcionarios de los organismos mencionados y que venían vinculados con anterioridad al 07 de junio de 1978, sin que entre ellos se encuentren los docentes.

También debe resaltarse que, en el Departamento de Sucre se expidió el Decreto N° 208 del 05 de marzo de 1981, por el cual se creó una prima de antigüedad para el personal vinculado a la Gobernación de Sucre, dicha norma fue declarada nula por este Tribunal mediante Sentencia del 25 de septiembre de 2013<sup>38</sup>.

Bajo el anterior contexto, es que la Sala concluye que, en realidad, el pago de los costos acumulados de la prima de antigüedad devengada por el actor dentro del último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, no guarda identidad con aquella consignada y regulada en el Decreto 540 de 1977 y el Decreto Ley 1042 de 1978, al estar excluidos los docentes de dichas disposiciones, que son propias de los empleados vinculados a la Rama Ejecutiva del nivel nacional.

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

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

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

---

<sup>38</sup> Sentencia de radicación N° 70-001-23-31-000-2012-00150-00 M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty

Ahora, **si bien es cierto la bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014**<sup>39</sup>, no se encuentra incluida en el listado taxativo de la Ley 62 de 1985 a que hace referencia la mencionada sentencia de unificación, también lo es que dicha bonificación, fue creada para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, la cual constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, tal como lo señala el artículo 1º inciso 2 del predicho decreto<sup>40</sup> 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 dos (02) de junio de 2014**; pues esa es la fecha de adquisición del status de pensionado, de conformidad con las pretensiones de la demanda.

Respecto a los demás elementos devengados por el demandante, que no se encuentran en el listado taxativo que fijó la sentencia de unificación específica para los docentes, identificada con el N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019, del 25 de abril de 2019; ésta colegiatura acoge el criterio allí expuesto, en el 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 esa razón, no pueden ser incluidos en la reliquidación pensional pretendida, simplemente con fines ilustrativos se realizan las siguientes precisiones:

---

<sup>39</sup> “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”

<sup>40</sup> 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.

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

Con respecto 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 del docente?, y para responder debemos acudir al decreto de creación y allí no se expresa que aquella será factor para liquidar las pensiones de los docentes; es más, expresamente se indica en su artículo 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

Finalmente y para dar respuesta a una de las aristas de la apelación presentada por la parte demandante, 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>41</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*

<sup>41</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

*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 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.”*

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; esto es del primero (01) de junio de 2014, fecha de entrada en

vigencia de dicha bonificación<sup>42</sup> y hasta el dos (02) de junio de 2014; *es decir, 1 día*, calenda en que el actor adquirió su status pensional; en razón a que la pretensión se dirigió a reliquidar la pensión con los factores devengados en ese tiempo.

**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 de pensionado**; se modificará la sentencia apelada que concedió parcialmente las pretensiones en cuanto a la prima de antigüedad, en el sentido de excluir dicha prestación; 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 su lugar, como quiera que se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir el elemento Bonificación mensual (Decreto 1566 de 2014) el cual es considerado factor salarial para todos los efectos pensionales, máxime cuando este se devengó dentro del año anterior a la fecha de adquisición del status pensional de la demandante, por lo cual se ordenará su inclusión para efectos de reliquidar la pensión del actor **pero únicamente desde el 01 de junio de 2014 y hasta el 02 de junio del mismo año**; 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 2018<sup>43</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-*

<sup>42</sup> “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.”

<sup>43</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)

*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, entiende este Tribunal que nos encontramos frente al escenario en que las dos partes apelan, que se modifica la decisión de primera instancia que declaró una nulidad parcial y ordenó la reliquidación pensional y que 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 respectó 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 tanto a la parte demandante como a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia adiada 21 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo, en el sentido de EXCLUIR el elemento salarial prima de antigüedad, y en su lugar, INCLUIR, la Bonificación Decreto 1566/2014, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

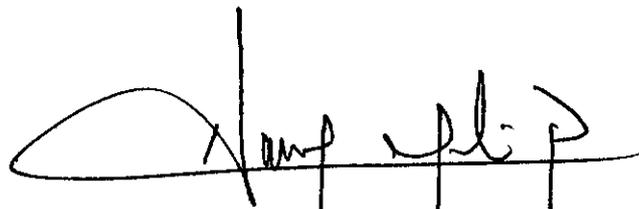
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo el 21 de noviembre de 2018.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ANDRÉS MEDINA FINEDA**



**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**



**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**