



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 70001-33-33-009-2017-00226-01
Demandante:	Acelys María Meriño Medina
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo

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

1. ASUNTO A DECIDIR

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones de los docentes, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019¹, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley² y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho³.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01

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

³ Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: La señora Acelys María Meriño Medina, 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° 0019 del 28 de enero de 2015⁵, expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor de la demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionada.

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 la señora Acelys María Meriño Medina, la pensión vitalicia de jubilación a partir del **11 de noviembre de 2014**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada.

2.2. Hechos relevantes⁶: La señora Acelys María Meriño Medina 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 incluyó solo la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, pero se omitió tener en cuenta **la prima de navidad, la prima de servicios, la bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente, durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de agosto de 2017⁷, siendo admitida a través de auto calendarado 07 de septiembre de 2017⁸. El 24 de abril

⁴ Fls 1 a 2 C. Ppal.

⁵ Folios 18-20 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo.

⁶ Fl. 3 C. Ppal.

⁷ Fl. 25 del C. Ppal

⁸ Fl. 27 C. Ppal

de 2018, fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁹.

La audiencia inicial se celebró el 23 de octubre de 2018¹⁰, diligencia en la que se surtieron las etapas procesales de la misma, se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia escrita dentro de los 10 días siguientes a la diligencia.

- ❖ En fecha 28 de septiembre de la misma anualidad (Fls 67 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 (Fls 81 y ss), nuevamente anexa oficio con copia de dos sentencias.

2.4 Pronunciamiento de la parte demandada

2.4.1 La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG¹¹, contestó la demanda oportunamente manifestando en cuanto a los hechos que no los afirma, ni los niega, sino que se atiene a lo que se demuestre en el trascurso del proceso.

En cuanto a las pretensiones, manifiesta que se oponen a todas y cada una de ellas, aduciendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Propone como excepciones en la contestación de la demanda la de inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción; falta de legitimidad en la causa por pasiva; compensación; excepción genérica o innominada.

Como fundamentos de derecho, arguye que la entidad actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los

⁹ Fl. 33 C. Ppal

¹⁰ Fls. 113 a 115 C. Ppal.

¹¹ Fls. 50 a 60 C. Ppal.

parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Expuso que la pretensión del demandante no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Manifestó que al acreditar los supuestos señalados en el art. 1º de la Ley 33 de 1985, a saber: 20 años de servicio y 55 años de edad, procedió a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación, como consta en la Resolución N° 0019 del 28 de enero de 2015.

Expresó que la discrepancia de la actora radica en que la entidad no tuvo en cuenta en la liquidación de su pensión todos los factores salariales de prima de antigüedad, prima de vacaciones entre otros, los cuales aduce que debieron ser incluidos, por lo tanto impetra se reliquide su pensión, lo cual es contrario a derecho, razón suficiente para no tener en cuenta los factores aludidos por la demandante y los demás factores generados durante el año status de pensión.

Sobre este particular, trajo a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, entre ellas una de la Sección Segunda con ponencia de la doctora Berta Ramírez de Páez Radiado bajo el N° 250002325000304619-01, en la que se señala el tiempo, la edad y los factores salariales a aplicar al momento de determinar la base de liquidación de los aportes.

Expresó que en el tema objeto de debate con factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985 en su artículo 3º.

Indicó que para el caso de los docentes, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, previó que para los docentes Nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o las normas que se expidan en el futuro.

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

Finalizó concluyendo que, por todo lo expuesto, la demanda no está llamada a prosperar y solicitó que con base en sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones en el evento de ser condenados, se determine la actualización a valor presente (calculó actuarial) del pago que debe realizar el docente, por los factores sobre los cuales nunca se cotizó durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado que en sentencia del 19 de febrero de 2015 N° Interno: 2328-2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en un proceso contra el FOMAG.

2.5. Sentencia recurrida¹²: La juez de instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial del acto administrativo traído a control judicial y como consecuencia de ello, ordenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la actora **con la inclusión de la prima de navidad devengada** en el año anterior al status de pensionada.

Como sustento de su decisión, ahondó en el marco normativo y jurisprudencial atinente a la pensión ordinaria de jubilación docente, aduciendo que Consejo de Estado sostenía que la ley 33 de 1985 aplicaba para el personal docente nacional y frente a los factores salariales a tener en cuenta, sostuvo que el funcionario aportaría sobre todos los factores que según la ley deba, sin que ello significara que el incumplimiento de tal obligación derivaría en la negativa de inclusión de dichos factores.

Señaló que de manera posterior, mediante la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, se cambió el criterio de interpretación que debía darse a la ley 62 de 1985 y se concluyó que los factores enlistados en la misma, eran meramente enunciativos y no taxativos; de modo que, al momento de liquidar la pensión de jubilación docente debían incluirse todos los factores por el devengados durante el último año de servicios anterior al status.

Finalizó su análisis jurisprudencial, exponiendo el criterio esbozado mediante la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 y concluyó que dichas

¹² Fls.118 a 125- Del 12 de diciembre de 2018.

disposiciones no son aplicables a los docentes, por cuanto cuentan con un régimen especial, de acuerdo a lo previsto por la ley 91 de 1989 y dicho régimen se exceptuó de la aplicación de la ley 100 de 1993, por disposición de la misma en su artículo 279.

De acuerdo a las anteriores previsiones, la juez de instancia optó por considerar que a la demandante le asistía derecho a reliquidar su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales por ella percibidos en el último año anterior al status. Por ello ordenó la inclusión de la prima de navidad como factor salarial; sin embargo; excluyó la prima de servicios también deprecada por la actora, en razón a la vigencia del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013, a partir del año 2014, por lo que podría interpretarse que devengó la misma solo para ese año y mal podría interpretarse que un empleado territorial haya tenido derecho a percibir las en años anteriores.

En relación al factor denominado costos acumulados prima de antigüedad, manifestó que tampoco era viable su inclusión para efectos de reliquidar la pensión de la actora, pues se entiende que corresponden a pagos pendientes de recibir, desconociendo en qué periodo fueron realmente devengados. De otro modo, al estar relacionado con la prima de antigüedad, sostuvo que debe ser excluida en razón a que el sustento normativo de la misma fue declarado nulo por el Tribunal Administrativo de Sucre.

2.6. El recurso de apelación¹³: La parte demandante discrepa de la anterior decisión, teniendo en cuenta que la misma debe ser revocada parcialmente. Ello al considerar que sí es procedente la inclusión de la **prima de servicios** en la reliquidación pensional de la actora, en razón a que la norma con la cual se crea dicho factor salarial, estableció que se debía pagar el mismo a partir del año 2014 y la docente demandante la devengó en los años 2013 y 2014, los cuales se encuentran dentro del año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

Igualmente arguye que, las horas extras laboradas en junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2013 y mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2014, deben ser incluidas, ya que fueron pagadas dentro del periodo que comprende el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

¹³ Fls. 130 y 133 C. Ppal

Trae a colación la Sentencia de Unificación expedida por el Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010, bajo el radicado N° 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, para concluir que, al demandante le asiste el derecho pretendido en la demanda; ya que, de no atenderse tales lineamientos traería como consecuencia la regresividad de los derechos sociales, por ende, se deben tener en cuenta todos los factores devengados por la docente, previa deducción de los descuentos por aportes dejados de efectuar, en aras de proteger el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa tratándose de derechos laborales y sostiene que en el IBL de la pensión deben incluirse todos los conceptos de remuneración que puedan calificarse como salario, entendido como todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

Finalmente aduce que la entidad demandada sometió a su representada a un suplicio jurídico que era incensario, ya que esta debió reconocer la pensión correctamente; por ende, solicita se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y en su lugar, sean concedidas en su totalidad las pretensiones de la demanda, atendiendo al precedente de la S.U del 04 de agosto de 2010 antes mencionada y los criterios esbozados por el Consejo de Estado, Sección Quinta C.P. Rocío Araujo Oñate, dentro de la acción de tutela con radicación N° 11001-03-15-000-2018-03012-00 proferida en 27 de septiembre de 2018 y Sección Cuarta C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, a través de sentencia de tutela con radicación N° 11001-03-15-000-2018-00805-01 proferida en 24 de octubre de 2018.

No plantea ningún argumento referido al factor excluido en la sentencia de primera instancia, de costos acumulados de la prima de antigüedad.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 30 de julio de 2019,¹⁴ se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 17 de septiembre de 2019¹⁵, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión

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

¹⁴ Fl. 4 Cdno Alzada

¹⁵ Fl. 9 Cdno Alzada

2.8.2. La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG,¹⁶ rindió sus alegatos de conclusión, expresando que si bien, 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, emitida por el H. Consejo de Estado.

En consecuencia, plantea que no corresponde en el presente caso reliquidar la pensión del docente, 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 sentó un precedente obligatorio, con relación a los hechos enlistados en la demanda.

Concluye que no le corresponde a la entidad demandando reliquidar la pensión de la docente, en la medida que del precedente jurisprudencial se colige que no es posible incluir todos los factores salariales sobre los cuales no se hayan realizado aportes en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

Trae a colación como ejemplo como alcance del mencionado precedente, la sentencia del 12 de diciembre de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima, bajo el radicado N° 73001333300320160042001 8339-2018), en la cual se revoca una decisión de primera instancia que ordenaba la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el entonces demandante, usando como fundamento la S.U del 28 de agosto de 2018.

Finalmente adujo, que se debe tener en cuenta lo dispuesto por las referidas sentencias de unificación, ya que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su Artículo 10, consagra el deber de dar aplicación uniforme a las normas y la jurisprudencia.

¹⁶Fls. 14 y 15 C. Alzada.

2.8.3. Concepto del Ministerio Público¹⁷: el delegado del Ministerio Público ante esta Colegiatura, sugiere expresa que según las pruebas aportadas, encuentra que la actora se vinculó como docente desde el 20 de octubre de 1999; es decir, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que la cobijan las Leyes 33 y 62 de 1985.

Si bien es cierto a los docentes no se les aplica la ley 100 de 1993, por tener un régimen especial; al tener en cuenta las leyes aplicables a la docente y la aplicación de la sub regla establecida en la sentencia del 28 de agosto de 2018 y precisada en la sentencia del 25 de abril de 2019, es imposible acceder a la pretensión de reliquidación de la mesada pensional con la inclusión de los factores reclamados.

Señala que, si bien el fundamento de el a quo para negar la prima de servicios fue la vigencia del decreto 1445 de 2013, además de ese fundamento esta la variación de la jurisprudencia al no contemplar la prima de servicios como factor salarial, en razón de no aparecer en el listado taxativo de la ley 62 de 1985.

Por otro lado, se refirió a la orden impartida por el a quo sobre la inclusión de la prima de navidad tomando como fundamento la jurisprudencia vigente hasta el momento, aduciendo que luego de proferida la sentencia objeto de estudio se emitió la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, de la cual se desprende con claridad que la prima de navidad no puede ser incluida en la pensión de la docente, aunado al hecho de que no se demostró que sobre ella se hayan hecho aportes.

Finalmente, aduce que no encuentra fundamentos para separarse de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta la obligatoriedad de su aplicación para todos los casos en discusión, por ende solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

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

¹⁷ Fls. 31 a 35 C. Alzada.

resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que, la juez de instancia debió incluir la prima de servicios y las horas extras devengadas en el ultimo año anterior a la adquisición del status como factores salariales para la reliquidación pensional de la docente y no solo la prima de navidad, en razón de la entrada en vigencia del decreto que creó dicha erogación.

Además aduce que le corresponde reliquidar la pensión de la actora, con la inclusión de todos los factores salariales deprecados, en atención al precedente jurisprudencial del 04 de agosto de 2010.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la señora **Acelys María Meriño Medina** tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta la prima de servicios y las horas extras, factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada y que no fueron tenidos en cuenta por la juez de instancia.

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

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

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

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

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

"ARTICULO 279. EXCEPCIONES. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía

Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio

en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones". (Subrayado fuera del texto original)

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que la señora Acelys María Meriño Medina fue nombrada como docente en la Escuela San Rafael La Ceiba del municipio de Chalán- Sucre, mediante Decreto N° 46 del 20 de octubre de 1994, con fecha de posesión el 11 de noviembre de 1994 y efectos fiscales en la misma calenda¹⁸; por lo tanto le es aplicable la Ley 33 de 1985, por ser esta la que cobija a los empleados del sector público sin distinción alguna.

Ahora bien, la predicha Ley dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, norma esta que fue modificada por la Ley 62 la cual en su artículo 1° señala:

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

"(...) valga anotar, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en

¹⁸ Folio 23 -De acuerdo con el Formato Único para la expedición de Certificados de Historia Laboral emanado de la Secretaría de Educación de Sincelejo, fecha que coincide con la resolución demandada.

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 de la actora, 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-S2-2019¹⁹ 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.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01

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.

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 años²⁰. 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 2003			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85% ²¹ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores

²⁰ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

²¹ 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.

<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"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985) <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 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna <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 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”.

3.4. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la **Resolución N° 0019 del 28 de enero de 2015**, a través de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo–Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a una docente Nacional (situado fiscal) 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.

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 derecho pensional, tal como el equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales²².

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

- ⇒ La señora Acelys María Meriño Medina nació el 04 de julio de 1959²³; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 04 de julio de 2014.
- ⇒ La demandante, empezó a trabajar como docente el 11 de noviembre de 1994.²⁴
- ⇒ Según la Resolución N° 0019 del 28 de enero de 2015, adquirió su status de pensionada **el 11 de noviembre de 2014**²⁵

²² Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folios 1 y 2.

²³ De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 17 del expediente.

²⁴ De acuerdo con el Certificado de Historia Laboral obrante a folio 23 del expediente, fecha que coincide con la resolución.

²⁵ Fls. 18-20 Cdno Ppal. Se toma tal fecha, al no estar en discusión la fecha de adquisición del status de pensionada de la demandante.

⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacional²⁶, al menos hasta el 25 de mayo de 2015²⁷.

Se encuentra acreditado, que le fue reconocido a la actora su derecho pensional en cuantía de \$2.108.375,00, efectiva a partir del 12 de noviembre de 2014, para lo cual se le aplicó, entre otras, la ley 6^a de 1945, la ley 33 de 1985, ley 812 de 2003 y ley 1151 de 2007; es decir, el 75% del promedio salarial mensual devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, tal como lo señala la mencionada resolución del reconocimiento pensional y al momento de su expedición contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad.

La pensión le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de asignación y la prima de vacaciones²⁸, esto es, la suma de \$2.108.375,00.

Así mismo, se logró demostrar que la señora Acelys María Meriño Medina prestó sus servicios desde el 11 de noviembre de 1994²⁹ y devengó durante el último año de servicios (2013-2014) anterior a la fecha de adquisición del status de pensionada los siguientes factores salariales³⁰:

	Fecha 01/01/2013	Fecha 31/01/2014
Asignación básica (sueldo)	\$2.634.485,00	\$2.711.939,00
Costos acumulados Prima de antigüedad	\$00	\$2.711.939,00
Prima de servicios	\$00	\$632.786,00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.317.242,00	\$1.396.158,00
Prima de navidad	\$2.744.255,0000	\$2.908.633,00
TOTAL \$	\$6.695.982,00	\$10.361.485,00

Asimismo, se logró demostrar que en el último año de servicios anterior al status (2013-2014), la docente devengó las horas extras relacionadas a continuación³¹:

	VALOR	MES	VALOR
-----	-----	Mayo	\$ 2.273.175,00
Junio	\$2.159.080,00	Junio	\$1.555.862,00
Julio	\$1.727.264,00	Julio	\$798.137,00

²⁶ Tal como lo señala la resolución demandada obrante a folio 18-20 del expediente.

²⁷ Por ser esta la fecha de expedición del certificado de Historia Laboral.

²⁸ Ver folio 18 parte inferior.

²⁹ Tal como se desprende del certificado de tiempo de servicios que reposa en el folio 23 del C. Ppal.

³⁰ De conformidad con el formato único para la expedición de certificado de salarios ubicado en el folios 21 y 22 del C. Ppal.

³¹ Anexo horas extras que se observa a folio 22 del C. Ppal.

Agosto	\$1.079.540,00	Agosto	\$687.004,00
Septiembre	\$808.748,00	Septiembre	\$858.755,00
Octubre	\$755.678,00	Octubre	\$909.270,00
Noviembre	\$726.236,00	Noviembre	\$909.270,00
Diciembre	\$863.632,00	Diciembre	\$979.991,00

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 cumplió a cabalidad, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido por la actora en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del derecho, que en el presente asunto, lo es la inclusión de la Asignación básica (sueldo), prima de vacaciones, **prima de navidad, prima de servicios, costos acumulados Prima de antigüedad y horas extras.**

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación³² N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³³ como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

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

³² Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación

³³ 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

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 causación de su derecho 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, coinciden parcialmente con los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, tal como se detalla a continuación:

Ley 62 de 1985	Factores salariales devengados según legislación ³⁴	Factores reconocidos por la resolución N° 0019 del 28 de enero de 2015
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.	Costos acumulados prima de antigüedad*	X
Dominicales y feriados;		
Horas extras,	Horas extras	X
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 1/12
	Prima de navidad	X
	Prima de servicios	X

Ahora bien, se observa que la juez de primer grado no se refirió uno a uno a la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante, tal como fue pedido en la demanda, pero *excluyó los costos acumulados de la prima de antigüedad³⁵ y ordenó incluir en la reliquidación a efectuar la prima de navidad;*

³⁴ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en los folios 21 y 22 del C. Ppal
³⁵ En relación a la prima de antigüedad, si bien se encuentra enlistada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985; el certificado aportado señala que se trata de costos acumulados por ese concepto, que fueron pagados en el año 2014 y el Tribunal no abordará su estudio pues la apelación se centró en la prima de servicios y las horas extras, adicionalmente, 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

sin embargo, al verificar los elementos salariales percibidos por la señora Acelys María Meriño Medina en su último año de servicios anterior a la adquisición del status, encontramos que devengó además, **horas extras y la prima de servicios**, los cuales no fueron objeto de análisis por parte de el *a quo*.

En este punto resulta imperioso resaltar que quien apela es únicamente la parte demandante (Fls. 130 y 133 C. Ppal) y centra su impugnación en la inclusión de las horas extras y la prima de servicios como elementos que debieron ser tenidos en cuenta al momento del reconocimiento y por parte de la juez de instancia, para reliquidar la pensión docente; en consecuencia, esta colegiatura en virtud del principio de congruencia y los límites que impone el recurso de alzada –con plena observancia del principio de la non reformatio in pejus– solamente abordará el estudio de tal pedimento al resolver el recurso propuesto, así:

Frente a las horas extras devengadas en el año inmediatamente anterior a la adquisición de status, tenemos que según el acto administrativo demandado ese hecho ocurrió el 11 de noviembre de 2014 y aquel no es objeto de debate judicial; igualmente, se tiene demostrado de conformidad con la certificación que obra en el folio 22 del expediente, que la demandante dentro del año anterior a la adquisición del status de pensionada, esto es; del **once (11) de noviembre de 2013 al once (11) de noviembre de 2014**, devengó horas extras en los meses de noviembre (\$726.236,00) y diciembre de 2013 (\$863.632,00) y en el año 2014 en los meses de mayo (\$ 2.273.175,00), junio (\$1.555.862,00), julio (\$798.137,00), agosto (\$687.004,00), septiembre (\$858.755,00), octubre (\$909.270,00) y noviembre de 2014 (\$909.270,00), factor que al encontrarse taxativamente enlistado en la ley 62 de 1985 **debe ser incluido en la pensión de jubilación de la actora**, en observancia de la postura unificada del Consejo de Estado sobre la materia; adicional a lo expuesto; el trabajador (la parte débil de la relación) no puede ser perjudicado por una determinación y actuación material (descuento para pensión) que no era de su resorte, ni competencia.

Respecto a los demás elementos salariales devengados por la docente y que son objeto de apelación para lograr su inclusión en una eventual reliquidación de su pensión, en este caso **la prima de servicios**, se observa que no se encuentra enlistada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y ésta colegiatura acoge lo expuesto

negar su inclusión como factor a tener en cuenta en una hipotética reliquidación; adicional a lo expuesto, la demandante tiene la condición de docente Nacionalizada y su vinculación a la docencia se materializó en el año 1980. Tal como lo señalo la juez de instancia y no fue objeto de debate judicial a través del recurso de apelación.

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, de modo que, solo con fines ilustrativos se harán la siguientes precisiones:

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 de la 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 de la docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año. **Parágrafo.** La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.*

[...]»

Ahora bien, la pregunta que surge a continuación, es si después de su creación normativa, dicha prima de servicios puede ser considerado un factor para reliquidar la pensión de la docente?, y para responder debemos acudir al decreto de creación y allí no se expresa que aquella será factor para liquidar las pensiones de los docentes; es más, expresamente se indica en su artículo 5º que La prima de servicios que se establece en el artículo 1º del Decreto **1545 de 2013**, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:

1. Vacaciones.
2. Prima de Vacaciones.
3. Cesantías.
4. Prima de Navidad.

Bajo las anteriores premisas y al tener la sentencia de unificación tantas veces reseñada carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento, resulta procedente acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión de que goza la accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la

Ley 62 de 1985, **sin incluir ningún factor que no se encuentre enlistados en el mencionado artículo**, de tal suerte que de los elementos deprecados por la actora a incluir en su reliquidación pensional, sólo es posible acceder a la reliquidación de la pensión con la inclusión de las **horas extras**, pero sólo se tendrán en cuenta las devengadas en los meses de **noviembre (19 días) y diciembre de 2013 y mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y 11 días de noviembre de 2014**, ello en razón a que la pretensión se dirigió a reliquidar con los factores devengados en el último año de servicios anterior al status, esto es, del **once (11) de noviembre de 2013, al once (11) de noviembre de 2014**, por ser esta última la fecha de adquisición del status y se encontró demostrado que la Entidad Oficial, omitió incluir dicho emolumento en el acto de reconocimiento pensional.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante y la petición de restablecimiento **encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengados por la parte demandante en su último año de servicios; se modificará la sentencia apelada que negó la inclusión de las horas extras**; 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, se encontró probado que la entidad demandada omitió 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 2018³⁶, 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-

³⁶ 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, encuentra este Tribunal que se presenta la prosperidad parcial de las pretensiones que obligan a modificar la orden de primera instancia, que nos encontramos frente al escenario en el que la entidad demandada fue vencida 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 la liquidación o reliquidación pensional docente, 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 valorativo ya enunciado, esta Colegiatura se abstendrá de condenar en costas 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 el numeral tercero de la sentencia adiada 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, en el sentido de **INCLUIR**, las horas extras devengadas por la actora, como

factor a tener en cuenta en la reliquidación pensional, 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.

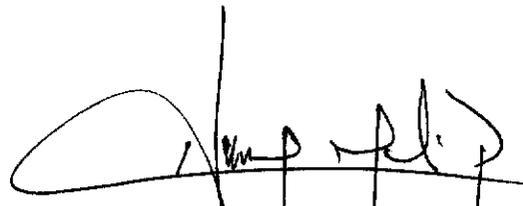
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo el 12 de diciembre de 2018

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 PINEDA



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

