



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
San José de Cúcuta, cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-33-003-2017-00276-01
Demandante: MISAEL CONTRERAS MADARIAGA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones

El señor **MISAEL CONTRERAS MADARIAGA**, actuando mediante apoderados judiciales, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó demanda a fin de que se hagan las siguientes o similares declaraciones¹:

“DECLARATIVAS:

1. *Declarar la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN 0851 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2016, suscrita por el (la) **Doctor (a) INDIRA YAZMIN PEREZ PEREZ, Secretario de Despacho Área Dirección Educativa**, en cuando reconoció la RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, y calcularon la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el ultimo año de servicio al retiro definitivo del cargo.*

(...)”

1.2.- Hechos.

Los hechos se sintetizan por la Sala de la siguiente manera²:

1.1.- Se indica que el demandante es docente del servicio público de Educación del Municipio de San José de Cúcuta, y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Municipio de San José de Cúcuta, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación, mediante la Resolución No. 0851 del 15 de noviembre de 2016.

1.2.- Refiere que dentro de la reliquidación de la pensión a la parte actora no le incluyeron los factores salariales, devengados, conforme al año base de su

¹ Se transcribe solo la pretensión principal, las demás obran a folios 4 a 6 del expediente.

² Ver folio 6 del expediente.

liquidación, esto es, la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales devengados.

1.3.- La sentencia apelada:

El Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta profirió sentencia en audiencia inicial celebrada el treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, luego de hacer un análisis de las circunstancias de hecho que dieron origen al proceso y las pruebas allegadas al expediente.

“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0851 del 15 de noviembre de 2016, suscrita por la Secretaria de Educación del municipio de San José de Cúcuta, mediante la cual le reconoció pensión vitalicia de jubilación a MISAEL CONTRERAS MADARIAGA, identificado con cédula de ciudadanía N° 13.370.176, en cuanto a la forma como se dispuso la liquidación de dicha prestación.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración de nulidad del acto antes referido, y a título de restablecimiento del derecho, se dispone:

- Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación de a MISAEL CONTRERAS MADARIAGA, identificado con cedula de ciudadanía N° 13.370.176, teniendo en cuenta además de la asignación básica una doceava parte de la prima de servicios.

(...)”

Lo anterior con base en las siguientes consideraciones:

- ☒ Que en el acto administrativo acusado se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual, por lo que consideró que la pensión de la parte actora estaba mal liquidada y por tanto se debía declarar la nulidad del acto administrativo demandado.
- ☒ Afirmó que al demandante se le debía reliquidar su pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.
- ☒ Finalmente declaró **no** probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la pensión le fue reconocida el 15 de noviembre del año 2016 y posteriormente el 14 de junio de 2017 el accionante presento demanda del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que se desprende que no ha operado la prescripción extintiva por parte del demandante.

1.4.- Del recurso de apelación:

1.4.1.- Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó en término el recurso de apelación (folios 117 a 121) en contra de la sentencia proferida en audiencia por el Juzgado

Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), en donde expone lo siguiente como motivos de la inconformidad con la citada providencia:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1º de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.- Actuación en Segunda Instancia.

2.1.- Parte demandante:

La apoderada de la parte demandante presentó en la Secretaría de esta Corporación escrito de alegatos de conclusión, en donde solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda y que, a su vez, se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de la pensión de su representado, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el año anterior en el que alcanzó el status de pensionada.

2.2.- Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su escrito de alegatos de conclusión ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, las excepciones propuestas y el marco legal de la liquidación de la pensión de jubilación, por lo que no se hace necesario transcribirlos nuevamente.

2.3.- Del Ministerio Público

El Ministerio Público en esta instancia rindió concepto de fondo dentro del presente proceso, señalando que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales lo procedente es revocar la sentencia de primera instancia, dado que los factores salariales que deben incluirse en el IBL son únicamente sobre los que hayan efectuado aportes al Sistema de Pensiones, y que se encuentran enlistados en la Ley.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153 del C.P.A.C.A., en concordancia con lo establecido en el art. 328 del C.G.P.

2.2. Asunto a Resolver en esta Instancia

Debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, al considerar que la pensión reconocida a la parte actora estaba mal liquidada, dado que en dicho acto se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual.

Como restablecimiento del derecho ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión del factor salarial prima de servicios que fue devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Por su parte el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el recurso de apelación plantea los siguientes cargos:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1º de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Ministerio Público en esta instancia rindió concepto de fondo dentro del presente proceso, señalando que de acuerdo con las disposiciones

constitucionales y legales lo procedente es revocar la sentencia de primera instancia, dado que los factores salariales que deben incluirse en el IBL son únicamente sobre los que hayan efectuado aportes al Sistema de Pensiones, y que se encuentran enlistados en la Ley.

2.3.- Problema Jurídico.

Conforme lo explicado en el ítem del asunto a resolver, existen un problema jurídico a resolver en esta Segunda Instancia a saber:

¿Hay lugar a revocar la sentencia del 30 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a declarar la nulidad parcial del acto demandado y en consecuencia se ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que procediera a reliquidar la pensión de jubilación de la que es titular la parte accionante para tener en cuenta el factor de prima de servicios, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, tal como lo solicita la entidad demandada en el recurso de apelación, con base en los cargos expuestos en el citado recurso y conforme a la jurisprudencia unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado?

2.4. -Tesis y Decisión del Tribunal en Segunda Instancia:

Para la Sala la respuesta al problema jurídico es que sí hay lugar a revocar la sentencia del 30 de octubre de 2018, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, dado que conforme al criterio fijado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, la parte actora no tiene el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación para incluir el factor de prima de servicios, sino solamente a los factores sobre los que la misma efectuó los respectivos aportes previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por tanto se comparte y acoge el concepto del Ministerio Público.

La decisión que se toma en esta Instancia se funda en los siguientes argumentos.

2.5. Régimen jurídico para la pensión de jubilación de los servidores vinculados a la docencia oficial.

Como es sabido en el artículo 48 de la Constitución se establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, y como un derecho irrenunciable. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo No 01 de 2005, se adicionaron varios incisos al citado artículo, estableciéndose las reglas relacionadas con el derecho a la pensión:

*“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.
(...)”*

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas

de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión. (...)

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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. (...)”.

Conforme la citada reforma constitucional, son dos los regímenes 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, dependiendo de la fecha de la vinculación al servicio, a saber:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 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.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.

2.6.- Efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de abril de 2019³, mediante la cual fijó las subreglas aplicables respecto del ingreso base de liquidación para los regímenes pensionales de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

“La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de 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.

1. *Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.*

³ Sentencia proferida dentro del expediente 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19, actor: Abadía Reynel Toloza, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

2. El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:

“Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”⁴.

(...)

3. El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:

ARTÍCULO 15. *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:*

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.

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.

2. Pensiones:

A. 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 hubieran 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 ésta a cargo total o parcial de la Nación.

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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.***

«...»”.

4. De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

⁴ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado “optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal “nacionalización”, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación”.

I. **Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación:** Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.

II. **Derecho a una pensión de jubilación** bajo el régimen vigente para los pensionados del **sector público nacional**, y a **una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**.

5. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶.

(...)

6. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 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.**

(...)

8. 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.

9. 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.**

⁵ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

B. 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.

10. 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 años⁷. 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.

11. 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.

12. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

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"> • 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 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de remplazo – Monto	Tasa de remplazo - Monto
<u>75%</u>	<u>65% - 85%</u>⁸ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).

⁷ 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.

⁸ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<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>	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<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>

Finalmente, en la citada providencia se fijó la siguiente regla jurisprudencial:

*“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, así:*

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.”

De acuerdo al ordenamiento jurídico anteriormente citado, procede la Sala a resolver los cargos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, en el mismo orden que fueron expuestos por la entidad apelante:

3.- Decisión de los cargos planteados en el recurso de apelación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1º.- Primer cargo: Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.

Para la Sala el citado cargo no puede aceptarse, dado que mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se fijaron las funciones y objetivos del mismo dentro de los que se destaca el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

En el mismo sentido se ha señalado que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005, al ente territorial solamente le compete elaborar el proyecto de resolución por parte del Secretario de Educación, a través del cual se decida la respectiva reclamación y suscribir el acto definitivo, en cumplimiento de una labor de colaboración para con la Nación- Ministerio de Educación Nacional. El hecho de tener que suscribir el acto de reconocimiento, previa aprobación de la Fiduciaria, no conlleva a que la entidad territorial tenga la obligación legal de reconocer y pagar el reajuste de la pensión a la parte actora, puesto que la función que realiza el Secretario de Educación se enmarca dentro de una actividad de colaboración para con la Nación, como un medio territorial para tramitar y decidir las reclamaciones de los docentes afiliados al Fondo.

No resulta válido pretender que la entidad territorial a la cual perteneció el docente deba entrar a responder con su patrimonio para el pago de una reliquidación pensional de un docente afiliado al Fondo FOMAG, ya que ello implicaría asignarle una competencia sin fundamento legal alguno.

2º.- Segundo cargo: que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 que dispone “asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”, y el 1º de la Ley 62 de 1985 que establece “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”.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Estima la Sala que sí le asiste razón al apoderado de la entidad accionada al señalar que los factores para tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, son solamente los enlistados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, puesto que tal argumento resulta coincidente con el criterio adoptado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019.

En el presente caso se tiene que el señor Misael Contreras Madariaga ingresó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tanto, le resulta aplicable el régimen de pensión ordinaria de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985.

Igualmente, se encuentra probado en el expediente que el señor Misael Contreras Madariaga al cumplir la edad de los 55 años, y la totalidad de los requisitos previstos en el citado régimen de la Ley 33, le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la Resolución No. 0546 del 23 de julio de 2007 y que a través de la Resolución 0851 del 15 de noviembre de 2016 le fue ordenada la reliquidación de su pensión de jubilación.

En la sentencia apelada se dio aplicación al criterio jurisprudencial que se había fijado por la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010, puesto que era el que se encontraba vigente. Sin embargo, la Sala estima que tal criterio se entiende superado por las subreglas fijadas en la nueva sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, citada anteriormente.

En este punto conviene recordar que en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 se establece que 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
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Igualmente se prevé que 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.

En este sentido debe la Sala resaltar que el señor Misael Contreras Madariaga, devengó durante el último año anterior a la adquisición de su status de pensionado los siguientes factores salariales (fl. 71):

1. Asignación básica.
2. Bonificación mensual
3. Pago sueldo de vacaciones o receso escolar
4. Prima de navidad
5. Prima de servicios
6. Prima de vacaciones docentes

Ahora bien, al realizar un comparativo frente a los factores salariales reconocidos en la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Misael Contreras Madariaga dentro de la Resolución No. 0851 del 15 de noviembre de 2016 y los que deben reconocerse de acuerdo a la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 25 de abril de 2019, se observa lo siguiente:

FACTORES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA EN LA RESOLUCION DEMANDADA		FACTORES QUE DEBEN RECONOCERSE DE ACUERDO A LOS ACTUALES CRITERIOS DE UNIFICACIÓN	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
20 de mayo de 2015 al 20 de mayo de 2016.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promedio asignación mensual. 2. Bonificación mensual Dcto.1566-2014 3. 1/12 prima de vacaciones. 4. 1/12 prima de navidad. 	<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>	<p>Los previstos en el art. 1 de la Ley 62 de 1985.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. asignación básica 2. gastos de representación 3. primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación 4. dominicales y feriados 5. horas extras 6. bonificación por servicios prestados 7. trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

De lo expuesto anteriormente se concluye que hay lugar a revocar la sentencia apelada, dado que al ordenarse la inclusión de la prima de servicios se está desconociendo las reglas fijadas por la sala Plena de la sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 25 de abril de 2019, en la cual se precisó que en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora, solamente pueden incluirse los factores fijados en el art. 1º de la ley 62 de 1985.

Recuerda esta Corporación que conforme lo establecido en el numeral segundo de la referida sentencia, los efectos de la misma son retrospectivos, es decir, que son vinculantes para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, tal como ocurre en el presente asunto.

Resta señalar que en la Resolución demandada se le tuvo en cuenta al actor los factores de prima de navidad y de prima de vacaciones, los cuales no están incluidos en la ley 33 de 1985 y respecto de los cuales no tendría derecho. Sin embargo, no hay lugar a pronunciamiento al respecto, como quiera que el actor acudió en demanda de nulidad parcial para que se le incluyere la prima de

servicios y no para que se le afectara el derecho reconocido en dicho acto administrativo.

4.- Decisión de la Sala.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, esta Corporación deberá revocar la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en precedencia.

Igualmente, no se condenará en costas ya que no resulta procedente imponerlas siguiendo los criterios jurisprudenciales vigentes⁹ al no observarse por parte de la Entidad accionada una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho.

Finalmente, en atención al memorial obrante a folio 161 del expediente, encuentra la Sala procedente reconocerle personería a la doctora Jenny Carolina Rodríguez Melo, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional dentro del proceso, conforme y para los efectos de la sustitución de poder otorgado a ella, por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Revóquese la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, para en su lugar **negar** las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta Instancia.

TERCERO: Reconózcase personería a la doctora Jenny Carolina Rodríguez Melo, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, conforme y para los efectos del poder de sustitución conferido a ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código General del Proceso.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Oralidad Virtual No. 4 en sesión de la fecha)

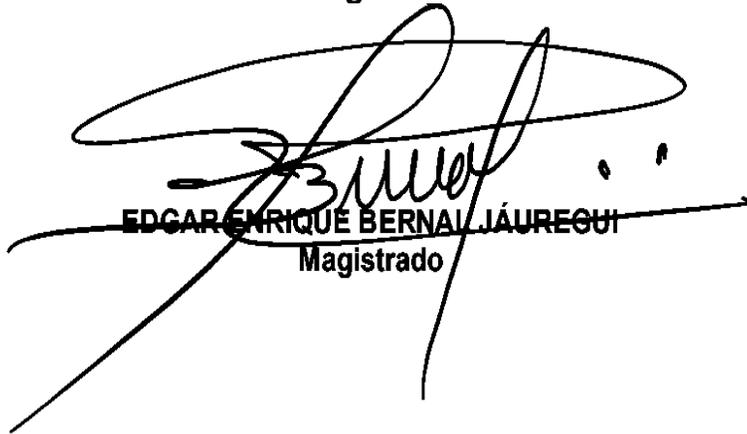


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

⁹ Sentencia de fecha 30 de marzo de 2017, Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección B, actor: Gonzalo Tibacan Puentes.



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
San José de Cúcuta, cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-40-007-2016-00221-01
Demandante: José Aldemar Cortés Peña
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones

El señor **JOSÉ ALDEMAR CORTES PEÑA**, actuando mediante apoderados judiciales, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó demanda a fin de que se hagan las siguientes o similares declaraciones¹:

“DECLARATIVAS:

- 1. Declarar la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN 00509 DE 17 DE MAYO DE 2007, suscrita por el (la) **Doctor (a) ARGEMIRO BAYONA BAYONA, Secretario de Educación Departamental**, en cuanto le reconoció la PENSIÓN DE JUBILACIÓN POST MORTEM a (la) señor (a) **JOSÉ ALDEMAR CORTÉS PEÑA**, sustituto pensional del (la) señor (a) **LUCY MARÍA MENESES SOLANO**, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 37.252.071 expedida en Cúcuta y calculo la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.*
- 2. Declarar la nulidad del oficio 7000 7200 OPSM2520 DE 09 DE OCTUBRE DE 2008, suscrita por el (la) Doctor (a) **JAIME ALCIDES YAÑEZ PINEDA, Coordinador de Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en cuanto le decidió negar la reliquidación de la sustitución de la pensión de mi representado, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.*

(...)”

1.2.- Hechos.

Los hechos se sintetizan por la Sala de la siguiente manera²:

¹ Se transcribe solo la pretensión principal, las demás obran a folios 4, 5 y 6 del expediente.

² Ver folio 6 del expediente.

1.- Que al actor le fue sustituida una pensión post mortem, de la señora **LUCY MARÍA MENESES SOLANO su esposa**, quien laboró al servicio de la docencia oficial y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación post mortem y sustitución pensional, mediante la Resolución No. 00509 del 17 de mayo de 2007.

1.2.- Refiere que dentro de la liquidación de la pensión a la parte actora no le incluyeron los factores salariales, devengados, conforme al año base de liquidación de su esposa fallecida, esto es, la prima de navidad, prima de vacaciones, y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último de servicio al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3.- La sentencia apelada:

El Juzgado Séptimo (7º) Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta profirió sentencia de fecha diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda y declaró parcialmente la nulidad de la Resolución No. 00509 del 17 de mayo de 2007, luego de hacer un análisis de las circunstancias de hecho que dieron origen al proceso y las pruebas allegadas al expediente, resolvió lo siguiente.

“PRIMERO: DECLARAR parcialmente nula la Resolución No. 00509 del 17 de mayo del año 2007 expedida por el Secretario de Educación del Departamento de Norte de Santander, por la cual se le reconoció y ordeno el pago de una pensión de sustitución al señor **JOSÉ ALDEMAR CORTÉS PEÑA** identificado con cédula de ciudadanía N° 19.353.768, por las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR nulo el oficio N° 7000 7200 OPSM 2520 del 09 de octubre del año 2008 expedido por el Coordinador de la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento de Norte de Santander, por lo cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de sustitución al señor **JOSÉ ALDEMAR CORTÉS PEÑA** identificado con cédula de ciudadanía N° 19.353.768, por las consideraciones expuestas en precedencia.

TERCERO: En consecuencia de lo anterior, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reliquidar la pensión de sustitución del señor **JOSÉ ALDEMAR CORTÉS PEÑA** por un monto equivalente al 75% del salario promedio devengado en el año anterior al adquirir el status jurídico de pensionado, teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la demandante que no fueron incluidos, es decir la prima de navidad y la prima de vacaciones, por lo dicho en la parte motiva de la sentencia.

Si sobre los factores antes enunciados no han sido deducidos los respectivos aportes para pensión, la entidad demandada efectuara los descuentos pertinentes al momento del reconocimiento.

TERCERO: (SIC) Se **DECLARA** no probada la excepción de prescripción alegada por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

(...)"

Lo anterior con base en las siguientes consideraciones.

- ☐ Afirma que la señora LUCY MARÍA MENESES SOLANO, se vinculó como docente Nacional desde el 15 de julio de 1980 y adquirió su status de pensionada el 25 de septiembre de 2006, fecha para la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- ☐ Señala que de la resolución demandada se extrae que la señora LUCY MARÍA MENESES SOLANO, falleció el día 25 de septiembre del año 2006, por lo que su pensión de vejez fue sustituida a su cónyuge sobreviviente el señor JOSÉ ALDEMAR CORTÉS PEÑA, efectiva a partir del 26 de septiembre de 2006.
- ☐ Que en el acto administrativo demandado se incluyó como factor salarial de base para la liquidación, el promedio de la asignación mensual, en un porcentaje del 75% del promedio de factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el derecho a la prestación económica de la pensión, lo que resultó lesivo para el actor, por cuanto no tuvo en cuenta para liquidar la pensión, la prima de navidad y la prima de vacaciones.
- ☐ Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que le fue reconocida la pensión a partir del 26 de septiembre del año 2006 y que el día 25 de septiembre del año 2008 solicitó la reliquidación de la pensión que se reclama mediante el derecho de petición que reposa a folios 22 y 25 del expediente.

1.4.- Del recurso de apelación:

1.4.1.- Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó en término el recurso de apelación (folios 158 a 162) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta el diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), en donde expone lo siguiente como motivos de la inconformidad con la citada providencia:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.- Actuación en Segunda Instancia.

2.1.- Parte Demandante:

La apoderada de la parte demandante presentó en la Secretaría de esta Corporación escrito de alegatos de conclusión, en donde solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda y que, a su vez, se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de la pensión de su representado, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el año anterior en el que alcanzó el status de pensionada.

2.2.- Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su escrito de alegatos de conclusión ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, las excepciones propuestas y el marco legal de la liquidación de la pensión de jubilación, por lo que no se hace necesario transcribirlos nuevamente.

2.3.- Del Ministerio Público

El Ministerio Público en esta instancia no rindió concepto de fondo.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153, del C.P.A.C.A., en concordancia con lo establecido en el art. 328 del C.G.P.

2.2. Asunto a Resolver en esta Instancia

Debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la sentencia del diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, al considerar que la pensión reconocida a la parte actora estaba mal liquidada, dado que en dicho acto se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual.

Como restablecimiento del derecho ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición

del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Por su parte el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el recurso de apelación plantea los siguientes cargos:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Ministerio Público en esta instancia no rindió concepto de fondo.

2.3.- Problema Jurídico.

Conforme lo explicado en el ítem del asunto a resolver, existen un problema jurídico a resolver en esta Segunda Instancia a saber:

¿Hay lugar a revocar la sentencia del 17 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se accedió a declarar la nulidad parcial del acto demandado y en consecuencia se ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que procediera a reliquidar la pensión de jubilación post mortem de la que es titular la parte accionante, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, tal como lo solicita la entidad demandada en el recurso de apelación, con base en los cargos expuestos en el citado recurso y conforme a la jurisprudencia unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado?

2.4. -Tesis y Decisión del Tribunal en Segunda Instancia:

Para la Sala la respuesta al problema jurídico es que sí hay lugar a revocar la sentencia del 17 de julio de 2018, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, dado que conforme al criterio fijado por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en la sentencia del 25 de abril de 2019, la

parte actora no tiene el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez para incluir todos los factores salariales devengados por la señora **LUCY MARÍA MENESES SOLANO** (QEPD) durante el último año de servicios, sino solamente a los factores sobre los que la misma efectuó los respectivos aportes previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La decisión que se toma en esta Instancia se funda en los siguientes argumentos.

2.5. Régimen jurídico aplicable para la pensión de jubilación de los servidores vinculados a la docencia oficial.

Como es sabido en el artículo 48 de la Constitución se establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, y como un derecho irrenunciable. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo No 01 de 2005, se adicionaron varios incisos al citado artículo, estableciéndose las reglas relacionadas con el derecho a la pensión:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. (...)

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión. (...)

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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. (...).”

Conforme la citada reforma constitucional, son dos los regímenes 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, dependiendo de la fecha de la vinculación al servicio, a saber:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 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.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.

2.6.- Efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de abril de 2019³, mediante la cual fijó las subreglas aplicables respecto del ingreso base de liquidación para los regímenes pensionales de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

“La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de 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.

1. *Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.*

2. *El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:*

“Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”⁴.

(...)

3. *El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:*

ARTÍCULO 15. *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:*

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.*

³ Sentencia proferida dentro del expediente **68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19**, actor: Abadía Reynel Toloza, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

⁴ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado “optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal “nacionalización”, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación”.

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.

2. Pensiones:

A. 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 hubieran 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 ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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.**

«...».

4. De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

- I. **Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación:** Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.
- II. **Derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.**

5. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶.

(...)

6. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de**

⁵ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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.

(...)

8. 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.

9. 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.***

B. 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.

10. 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 años⁷. 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.

11. 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.

12. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL

⁷ 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.

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"> • 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 9 de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo – Monto		Tasa de remplazo – Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%⁸</u> (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
<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 <p>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</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,

⁸ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	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.		o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
--	---	--	--

Finalmente, en la citada sentencia de unificación se fijó la siguiente regla jurisprudencial:

*“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, así:*

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.”

De acuerdo al ordenamiento jurídico anteriormente citado, procede la Sala a resolver los cargos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia del diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, en el mismo orden que fueron expuestos por la entidad apelante:

3.- Decisión de los cargos planteados en el recurso de apelación presentado por del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1º.- Primer cargo: Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de

la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.

Para la Sala el citado cargo no puede aceptarse como válido para lograr la revocatoria de la sentencia apelada, dado que mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se fijaron las funciones y objetivos del mismo dentro de los que se destaca el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

En el mismo sentido se ha señalado que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005, al ente territorial solamente le compete elaborar el proyecto de resolución por parte del Secretario de Educación, a través del cual se decida la respectiva reclamación y suscribir el acto definitivo, en cumplimiento de una labor de colaboración para con la Nación- Ministerio de Educación Nacional. El hecho de tener que suscribir el acto de reconocimiento, previa aprobación de la Fiduciaria, no conlleva a que la entidad territorial tenga la obligación legal de reconocer y pagar el reajuste de la pensión a la parte actora, puesto que la función que realiza el Secretario de Educación se enmarca dentro de una actividad de colaboración para con la Nación, como un medio territorial para tramitar y decidir las reclamaciones de los docentes afiliados al Fondo.

No resulta válido pretender que la entidad territorial a la cual perteneció la docente deba entrar a responder con su patrimonio para el pago de una reliquidación pensional de una docente afiliada al Fondo FOMAG, ya que ello implicaría asignarle una competencia sin fundamento legal alguno.

2°.- Segundo cargo: que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone “asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece “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”.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Estima la Sala que sí le asiste razón al apoderado de la entidad accionada en el presente cargo, puesto que tal argumento resulta coincidente con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación jurisprudencial.

En efecto, en el presente caso se tiene que la señora Lucy María Meneses Solano ingresó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tanto, le resulta aplicable el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985.

Igualmente, se encuentra probado en el expediente que la señora Lucy María Meneses Solano al cumplir la edad de los 55 años, y la totalidad de los requisitos previstos en el citado régimen de la Ley 33, le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la Resolución No. 00509 del 17 de mayo de 2007.

En la sentencia apelada se dio aplicación al c criterio jurisprudencial que se había fijado por la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010, criterio este que se entiende superado por las subreglas fijadas en la nueva sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, citada anteriormente.

En este punto conviene recordar que en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 se establece que 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
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Igualmente se prevé que 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.

En este sentido debe la Sala resaltar que la señora Lucy María Meneses Solano, devengó durante el último año anterior a la adquisición de su status de pensionada los siguientes factores salariales (fl. 67):

1. Asignación básica
2. Prima de navidad
3. Prima de vacaciones

Ahora bien, al realizar un comparativo frente a los factores salariales reconocidos en la pensión de jubilación de la señora Lucy María Meneses Solano dentro de la Resolución No. 00509 del 17 de mayo de 2007 y los que deben reconocerse de acuerdo a la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 25 de abril de 2019, se observa lo siguiente:

FACTORES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA EN LA RESOLUCION DEMANDADA		FACTORES QUE DEBEN RECONOCERSE DE ACUERDO A LOS ACTUALES CRITERIOS DE UNIFICACIÓN	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
25 de septiembre de 2005 al 25 de septiembre de 2006.	1. Promedio asignación mensual	Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	Los previstos en el art. 1 de la Ley 62 de 1985. 1. asignación básica 2. gastos de representación 3. primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación 4. dominicales y feriados

			5. horas extras 6. bonificación por servicios prestados 7. trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.
--	--	--	--

De lo expuesto anteriormente se concluye que hay lugar a revocar la sentencia apelada, ya que se ordenó una reliquidación de la pensión para incluirse los factores prima de navidad y la prima de vacaciones, aplicándose el criterio jurisprudencial que mantenía la Sección Segunda desde el año de 2010, lo cual es entendible ya que para la fecha de expedición de la sentencia ahora apelada aún no se había adoptado la nueva tesis jurisprudencial del 25 de abril de 2019.

En consecuencia, a la luz del nuevo criterio jurisprudencial, en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora, solamente pueden incluirse los factores fijados en el art. 1º de la ley 62 de 1985.

Por lo tanto, los factores salariales devengados, como lo son la prima de navidad y la prima de vacaciones, no pueden incluirse dentro del ingreso base de liquidación de la pensión post-mortem del señor José Aldemar Cortés Peña, ya que los mismos no se encuentran enlistados expresamente en la norma citada, tal como se señaló por la Sección Segunda en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Resta recordar que conforme lo establecido en el numeral segundo de la referida sentencia, los efectos de la misma son retrospectivos, es decir, que son vinculantes para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, tal como ocurre en el presente asunto.

Ahora bien, debe la Sala resolver la solicitud presentada por la parte demandante⁹, en la cual requiere que no sea aplicada la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, al asegurar que los abogados direccionan las demandas conforme al precedente jurisprudencial vigente al momento de su presentación.

En ese sentido, considera la Sala necesario precisar que el precedente jurisprudencial aplicado es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por el H. Consejo de Estado, en donde se resolvió un caso de reliquidación pensional de docente, se especificaron los dos regímenes prestacionales que regulan el derecho de pensión de vejez y/o jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, se negaron las pretensiones de reliquidación y se indicó que el precedente judicial fijado en la materia era de obligatoria aplicación a todos los procesos en curso dados los efectos retrospectivos.

Por lo anterior, para la Sala el argumento de la parte actora no resulta válido para solicitar la inaplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, puesto que aun cuando es cierto que para la fecha en que se presentó la demanda y se profirió la sentencia apelada no existía la anotada sentencia SU, también lo es que en esta

⁹ Ver folios 148 – 161.

sentencia expresamente se señaló que sus efectos eran retrospectivos, por lo cual impacta los procesos similares en trámite, no existiendo una razón justificada para que esta Corporación se aparte del criterio adoptado por la Sección Segunda en la precitada sentencia de unificación.

4.- Decisión de la Sala.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, esta Corporación deberá revocar la sentencia del diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en precedencia.

Igualmente, no se condenará en costas ya que no resulta procedente imponerlas siguiendo los criterios jurisprudenciales vigentes¹⁰ al no observarse por parte de la Entidad accionada una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho.

De otra parte, se negará la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, de conformidad con los argumentos expuestos anteriormente.

Finalmente, en atención al memorial obrante a folio 211 del expediente, encuentra la Sala procedente reconocerle personería a la doctora Jenny Carolina Rodríguez Melo, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional dentro del proceso, conforme y para los efectos de la sustitución de poder otorgado a ella, por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Revóquese la sentencia del diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cúcuta, para en su lugar **negar** las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta Instancia.

TERCERO: Niéguese la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante, respecto a la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Reconózcase personería a la doctora Jenny Carolina Rodríguez Melo, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, conforme y para los efectos del poder de sustitución conferido a ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código General del Proceso.

¹⁰ Sentencia de fecha 30 de marzo de 2017, Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección B, actor: Gonzalo Tibacan Puentes.

QUINTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

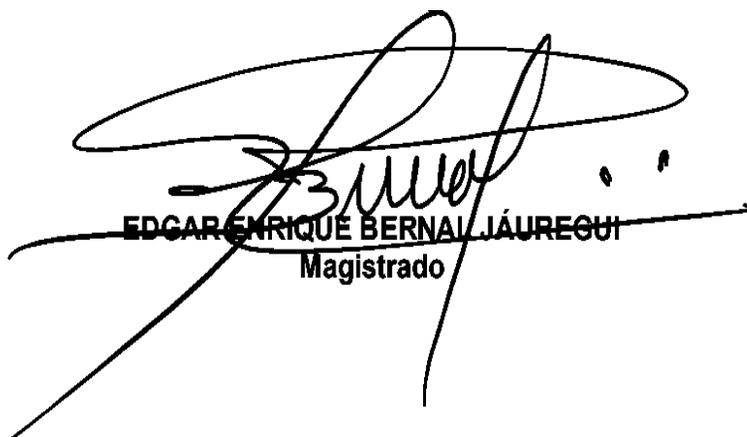
(Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Oralidad Virtual No. 4 en sesión de la fecha)



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
San José de Cúcuta, cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-40-008-2017-00048-01
Demandante: BLANCA SOFÍA ROA SIERRA.
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones

La señora **BLANCA SOFÍA ROA SIERRA**, actuando mediante apoderados judiciales, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó demanda a fin de que se hagan las siguientes o similares declaraciones¹:

“DECLARATIVAS:

1. *Declarar la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN 713 DE 21 DE JUNIO DE 2012, suscrita por el (la) **Doctor (a) LUDDY PAEZ ORTEGA, Secretaria de Educación Departamental** en cuanto le reconoció la PENSIÓN DE JUBILACIÓN a mí representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.*

(...)”

1.2.- Hechos.

Los hechos se sintetizan por la Sala de la siguiente manera²:

1.- Se indica que la demandante es docente del servicio público de Educación del Departamento Norte de Santander, y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, mediante la Resolución No. 713 del 21 de junio de 2012.

1.2.- Refiere que dentro de la liquidación de la pensión a la parte actora no incluyeron los factores salariales, devengados, conforme al año base de su liquidación, esto es, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales devengados.

¹ Se transcribe solo la pretensión principal, las demás obran a folios 4 a 6 del expediente.

² Ver folio 6 del expediente.

1.3.- La sentencia apelada:

El Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta profirió sentencia en audiencia inicial celebrada el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, luego de hacer un análisis de las circunstancias de hecho que dieron origen al proceso y las pruebas allegadas al expediente, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones 713 de 2012 (radicado 2017-048), 346 de 2015 (radicado 2017-091), 0763 de 2013 (radicado 2017-092), 0698 de 2016 (radicado 2017-202), mediante la cual se les RECONOCIÓ LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN a los demandantes BLANCA SOFIA ROA SIERRA, ALICIA RODRIGUEZ DE AMADO, JOSE TRINIDAD ORTEGA JAIMES, GUIMAR GALVIS ZAPATA, sin inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus pensional, atendiendo las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a **reliquidar la mesada pensional de jubilación** de los demandantes BLANCA SOFIA ROA SIERRA (radicado 2017-048), ALICIA RODRIGUEZ DE AMADO (radicado 2017-091), JOSE TRINIDAD ORTEGA JAIMES (radicado 2017-092), GUIMAR GALVIS ZAPATA (radicado 2017-202), incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la fecha de adquirir el estatus pensional, atendiendo las consideraciones de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a los demandantes, las diferencias que existan entre lo debido y lo efectivamente cancelado por concepto de pensión vitalicia de jubilación.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la formula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

El municipio de san José de Cúcuta y el Departamento de Norte de Santander participarán, de acuerdo con sus competencias legales respectivamente, en la expedición de los actos administrativos de reliquidación de pensión de jubilación de la accionante.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la prescripción trienal de las mesadas reclamadas en el radicado 2017-048 desde el día 14 de febrero de 2014 hacia atrás, conforme lo expuesto en la parte motiva.

(...)

Lo anterior, con base en las siguientes consideraciones:

- ☐ Que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981 y a los docentes que se nombraron a partir del 1º de enero de 1990, es el contemplado para los pensionados del sector público nacional, es decir los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985.

- ☐ Que a los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les reconocen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él.
- ☐ Afirmó que en el acto administrativo acusado se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, por lo que consideró que la pensión de la parte actora estaba mal liquidada y por tanto se debía declarar la nulidad del acto administrativo demandado.
- ☐ Lo anterior a fin de ordenar la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.
- ☐ Finalmente, declaro probada la prescripción trienal de las mesadas reclamadas desde el día 14 de febrero del 2014 hacia atrás.

1.4.- Del recurso de apelación:

1.4.1.- Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó en término el recurso de apelación (folios 77 a 80) en contra de la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en donde expone lo siguiente como motivos de la inconformidad con la citada providencia:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1º de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.- Actuación en Segunda Instancia

2.1.- Parte demandante:

La apoderada de la parte demandante presentó en la Secretaría de esta Corporación escrito de alegatos de conclusión, en donde solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda y que, a su vez, se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de la pensión de su representado, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el año anterior en el que alcanzó el status de pensionada.

2.2.- Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su escrito de alegatos de conclusión ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, las excepciones propuestas y el marco legal de la liquidación de la pensión de jubilación, por lo que no se hace necesario transcribirlos nuevamente.

2.3.- Del Ministerio Público

El Ministerio Público en esta instancia no rindió concepto de fondo.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153 del C.P.A.C.A., en concordancia con lo establecido en el art. 328 del C.G.P.

2.2. Asunto a Resolver en esta Instancia

Debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, al considerar que la pensión reconocida a la parte actora estaba mal liquidada, dado que en dicho acto se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual.

Como restablecimiento del derecho ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Por su parte el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el recurso de apelación plantea los siguientes cargos:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben,

radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.

2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone “*asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio*”, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece “*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*”.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Ministerio Público en esta instancia no rindió concepto de fondo.

2.3.- Problema Jurídico.

Conforme lo explicado en el ítem del asunto a resolver, existe un problema jurídico a resolver en esta Segunda Instancia a saber:

¿Hay lugar a revocar la sentencia del 22 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a declarar la nulidad parcial del acto demandado y en consecuencia se ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que procediera a reliquidar la pensión de jubilación de la que es titular la parte accionante para incluir todos los factores devengados durante el año anterior a que adquirió el status, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, tal como lo solicita la entidad demandada en el recurso de apelación, con base en los cargos expuestos en el citado recurso y conforme a la jurisprudencia unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado?

2.4. -Tesis y Decisión del Tribunal en Segunda Instancia:

Para la Sala la respuesta al problema jurídico es que hay lugar a modificar el numeral segundo de la sentencia del 22 de agosto de 2018, en el sentido de precisar que además de los factores reconocidos en el acto administrativo demandado, se deberá incluir la bonificación mensual como factor salarial con fundamento en los factores sobre los que la demandante efectuó los respectivos aportes previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Lo anterior, por cuanto de la naturaleza de la bonificación mensual se concluye que se trata de una bonificación por servicios prestados enlistada en la Ley 62 de 1985, que constituye factor salarial y que sobre la misma se estableció que sus aportes eran obligatorios.

La decisión que se toma en esta Instancia se funda en los siguientes argumentos.

2.5. Régimen jurídico para la pensión de jubilación de los servidores vinculados a la docencia oficial.

Como es sabido en el artículo 48 de la Constitución se establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, y como un derecho irrenunciable. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo No 01 de 2005, se adicionaron varios incisos al citado artículo, estableciéndose las reglas relacionadas con el derecho a la pensión:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. (...)

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión. (...)

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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. (...)”.

Conforme la citada reforma constitucional, son dos los regímenes 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, dependiendo de la fecha de la vinculación al servicio, a saber:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 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.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.

2.6.- Efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019.

La Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de abril de 2019³, mediante la cual fijó las subreglas aplicables respecto del ingreso base de liquidación para los regímenes pensionales de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

“La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de 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.

1. *Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.*

2. *El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:*

“Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”⁴.

(...)

3. *El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:*

ARTÍCULO 15. *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:*

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.*

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.

2. Pensiones:

³ Sentencia proferida dentro del expediente **68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19**, actor: Abadía Reynel Toloza, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

⁴ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado “optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal “nacionalización”, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación”.

A. 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 hubieran 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 ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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.**

«...».

4. De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

- I. **Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación:** Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.
- II. **Derecho a una pensión de jubilación** bajo el régimen vigente para los pensionados del **sector público nacional**, y a **una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**.

5. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶.

(...)

6. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 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.**

(...)

8. 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

⁵ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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.

9. 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.**

B. 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.

10. 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 años⁷. 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.

11. 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.

12. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

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	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

⁷ 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.

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 9 de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo – Monto		Tasa de remplazo - Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%⁸</u> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<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) 	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<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 (Decreto 1158 de 1994)
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores		

⁸ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	enlistados.		
--	-------------	--	--

Finalmente, en la citada providencia se fijó la siguiente regla jurisprudencial:

*“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, así:*

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.”

De acuerdo con el ordenamiento jurídico anteriormente citado, procede la Sala a resolver los cargos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, en el mismo orden que fueron expuestos por el apelante:

3.- Decisión de los cargos planteados en el recurso de apelación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1º.- Primer cargo: Señala que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.

Para la Sala el citado cargo no puede aceptarse como válido para revocar la sentencia apelada, dado que mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se fijaron las funciones y objetivos del mismo dentro de los que se destaca el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

En el mismo sentido se ha señalado que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005, al ente territorial solamente le compete elaborar el proyecto de resolución por

parte del Secretario de Educación, a través del cual se decida la respectiva reclamación y suscribir el acto definitivo, en cumplimiento de una labor de colaboración para con la Nación- Ministerio de Educación Nacional. El hecho de tener que suscribir el acto de reconocimiento, previa aprobación de la Fiduciaria, no conlleva a que la entidad territorial tenga la obligación legal de reconocer y pagar el reajuste de la pensión a la parte actora, puesto que la función que realiza el Secretario de Educación se enmarca dentro de una actividad de colaboración para con la Nación, como un medio territorial para tramitar y decidir las reclamaciones de los docentes afiliados al Fondo.

No resulta válido pretender que la entidad territorial a la cual perteneció la docente deba entrar a responder con su patrimonio para el pago de una reliquidación pensional de un docente afiliado al Fondo FOMAG, ya que ello implicaría asignarle una competencia sin fundamento legal alguno.

2°.- Segundo cargo: que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone “asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece “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”.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Estima la Sala que sí le asiste razón al apoderado de la entidad accionada, puesto que tal argumento resulta coincidente con el criterio adoptado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019.

En el presente caso se tiene que la señora Blanca Sofía Roa Sierra ingresó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tanto, le resulta aplicable el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985.

Igualmente, se encuentra probado en el expediente que la señora Blanca Sofía Roa Sierra al cumplir la edad de los 55 años, y la totalidad de los requisitos previstos en el citado régimen de la Ley 33, le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la Resolución No. 713 del 21 de junio de 2012.

En la sentencia apelada se dio aplicación al citado criterio jurisprudencial que se había fijado por la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010, criterio este que se entiende superado por las subreglas fijadas en la nueva sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, citada anteriormente.

En este punto conviene recordar que en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 se establece que 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
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Igualmente se prevé que 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.

En este sentido debe la Sala resaltar que la señora Blanca Sofía Roa Sierra, devengó durante el último año anterior a la adquisición de su status de pensionada los siguientes factores salariales (fl. 19 – 20):

1. Asignación básica
2. Bonificación mensual de docentes.
3. Prima de navidad.
4. Prima de servicios.
5. Prima de vacaciones docente.

Ahora bien, al realizar un comparativo frente a los factores salariales reconocidos en la pensión de jubilación de la señora Blanca Sofía Roa Sierra dentro de la Resolución No. 713 del 21 de junio de 2012 y los que deben reconocerse de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 25 de abril de 2019, se observa lo siguiente:

FACTORES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA EN LA RESOLUCION DEMANDADA		FACTORES QUE DEBEN RECONOCERSE DE ACUERDO A LOS ACTUALES CRITERIOS DE UNIFICACIÓN	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
28 de agosto de 2010 al 28 de agosto de 2011	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promedio asignación mensual (2010-2011) 2. 1/12 prima de vacaciones 	<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>	<p>Los previstos en el art. 1 de la Ley 62 de 1985.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. asignación básica 2. gastos de representación 3. primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación 4. dominicales y feriados 5. horas extras 6. bonificación por servicios prestados 7. trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso

			obligatorio.
--	--	--	--------------

En ese sentido, es claro que cuando el A quo profirió la sentencia apelada dio aplicación al criterio jurisprudencial que mantenía la Sección Segunda desde el año de 2010, lo cual es entendible ya que para la fecha de expedición de la sentencia ahora apelada aún no se había adoptado la nueva tesis jurisprudencial de la Sala Plena de la sección Segunda del 25 de abril de 2019.

En consecuencia, a la luz del nuevo criterio jurisprudencial, en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora, solamente pueden incluirse los factores fijados en el art. 1º de la ley 62 de 1985, esto es, la asignación mensual y la bonificación mensual (la cual de conformidad al Decreto 1566/14 es una bonificación por servicios prestados) y no las primas de vacaciones, navidad y de servicios.

Lo anterior, por cuanto dicho emolumento sí está incluido dentro de los factores a tener en cuenta y que además de poseer carácter de factor salarial, también se estableció sobre aquella bonificación mensual que sus aportes eran obligatorios.

Es de acotar que esta Sala de Decisión No. 4 ya había anteriormente rectificado la tesis sostenida por esta Corporación, en la cual no se consideraba como factor computable para la liquidación de la pensión de los docentes la bonificación mensual. La rectificación se hizo al analizar la naturaleza de la misma, comprobándose que aquella sí se encuentra enlistada en la Ley 62 de 1985 y en los criterios de unificación fijados recientemente por el H. Consejo de Estado.

De lo expuesto se concluye que hay lugar a modificar el numeral segundo (2º) de la sentencia apelada, dado que, en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora, solamente pueden incluirse los factores fijados en el art. 1º de la ley 62 de 1985. Por lo tanto, los factores salariales devengados, como lo es la prima de navidad y prima de servicios, no pueden incluirse dentro del ingreso base de liquidación de la pensión de la actora ya que los mismos no se encuentran enlistados en la norma citada, tal como se señaló por la Sección Segunda en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Resta recordar que conforme lo establecido en el numeral segundo de la referida sentencia, los efectos de la misma son retrospectivos, es decir, que son vinculantes para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, tal como ocurre en el presente asunto.

Ahora bien, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación la prima de vacaciones, factor que no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforma la base de liquidación. Sin embargo, se precisa que el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

Por otra parte, debe la Sala resolver la solicitud presentada por la parte demandante, en la cual requiere que no sea aplicada la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, al asegurar que los abogados direccionan las demandas conforme al precedente jurisprudencial vigente al momento de su presentación.

En ese sentido, considera la Sala necesario precisar que el precedente jurisprudencial aplicado es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por el H. Consejo de Estado, en donde se resolvió un caso de reliquidación pensional de docente, se especificaron los dos regímenes prestacionales que regulan el derecho de pensión de vejez y/o jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público

educativo oficial, se negaron las pretensiones de reliquidación y se indicó que el precedente judicial fijado en la materia era de obligatoria aplicación a todos los procesos en curso dados los efectos retrospectivos.

Por lo anterior, para la Sala el argumento de la parte actora no resulta válido para solicitar la inaplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, puesto que aun cuando es cierto que para la fecha en que se presentó la demanda y se profirió la sentencia apelada no existía la anotada sentencia SU, también lo es que en esta sentencia expresamente se señaló que sus efectos eran retrospectivos, por lo cual impacta los procesos similares en trámite, no existiendo una razón justificada para que esta Corporación se aparte del criterio adoptado por la Sección Segunda en la precitada sentencia de unificación.

4.- Decisión de la Sala.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, esta Corporación deberá modificar el numeral segundo (2º) de la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto de Cúcuta, en el sentido de excluir de la orden impartida, la inclusión de factores devengados como prima de navidad y prima de servicios, y precisar que además de los factores reconocidos en la Resolución No. 713 del 21 de junio de 2012, se deberá incluir la bonificación mensual como factor salarial dentro de la reliquidación de la pensión de la señora Blanca Sofía Roa Sierra.

Igualmente, no se condenará en costas ya que no resulta procedente imponerlas siguiendo los criterios jurisprudenciales vigentes⁹ al no observarse por parte de la Entidad accionada una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho.

De otra parte, se negará la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, de conformidad con los argumentos expuestos anteriormente.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Modifíquese el numeral segundo (2º) de la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto de Cúcuta, para ordenar que además de los factores reconocidos en la Resolución No. 713 del 21 de junio de 2012, se incluya la bonificación mensual como factor salarial en la reliquidación de la pensión de la señora Blanca Sofía Roa Sierra.

SEGUNDO: Confírmense los demás numerales de la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto de Cúcuta, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta Instancia.

CUARTO: Niéguese la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante, respecto a la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

⁹ Sentencia de fecha 30 de marzo de 2017, Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección B, actor: Gonzalo Tibacan Puentes.

QUINTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala Virtual de Oralidad No. 04 en sesión de la fecha)

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
San José de Cúcuta, cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No: 54-001-33-40-008-2017-00202-01
Demandante: GUIMAR GALVIS ZAPATA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones

El señor **GUIMAR GALVIS ZAPATA**, actuando mediante apoderados judiciales, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó demanda a fin de que se hagan las siguientes o similares declaraciones¹:

“DECLARATIVAS:

1. *Declarar la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN 00698 DEL 22 DE FEBRERO DE 2016, suscrita por el (la) **Doctor (a) MARÍA FABIOLA CACERES PEÑA, Secretaria de Educación Departamental** en cuanto le reconoció la PENSIÓN DE JUBILACIÓN a mí representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.*

(...)”

1.2.- Hechos.

Los hechos se sintetizan por la Sala de la siguiente manera²:

1.- Se indica que la demandante es docente del servicio público de Educación del Departamento Norte de Santander, y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento Norte de Santander, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, mediante la Resolución No. 00698 del 22 de febrero de 2016.

1.2.- Refiere que dentro de la liquidación de la pensión a la parte actora no le incluyeron los factores salariales, devengados, conforme al año base de su

¹ Se transcribe solo la pretensión principal, las demás obran a folios 4 a 6 del expediente.

² Ver folio 6 del expediente.

liquidación, esto es, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales devengados.

1.3.- La sentencia apelada:

El Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta profirió sentencia en audiencia inicial celebrada el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, luego de hacer un análisis de las circunstancias de hecho que dieron origen al proceso y las pruebas allegadas al expediente, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones 713 de 2012 (radicado 2017-048), 346 de 2015 (radicado 2017-091), 0763 de 2013 (radicado 2017-092), 0698 de 2016 (radicado 2017-202), mediante la cual se les RECONOCIÓ LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN a los demandantes BLANCA SOFIA ROA SIERRA, ALICIA RODRIGUEZ DE AMADO, JOSE TRINIDAD ORTEGA JAIMES, GUIMAR GALVIS ZAPATA, sin inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus pensional, atendiendo las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a **reliquidar la mesada pensional de jubilación** de los demandantes BLANCA SOFIA ROA SIERRA (radicado 2017-048), ALICIA RODRIGUEZ DE AMADO (radicado 2017-091), JOSE TRINIDAD ORTEGA JAIMES (radicado 2017-092), GUIMAR GALVIS ZAPATA (radicado 2017-202), incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la fecha de adquirir el estatus pensional, atendiendo las consideraciones de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a los demandantes, las diferencias que existan entre lo debido y lo efectivamente cancelado por concepto de pensión vitalicia de jubilación.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la formula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

El municipio de san José de Cúcuta y el Departamento de Norte de Santander participarán, de acuerdo con sus competencias legales respectivamente, en la expedición de los actos administrativos de reliquidación de pensión de jubilación de la accionante.

(...)

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la prescripción trienal de las mesadas reclamadas en los radicado 2017-092 y 2017-202, atendiendo las consideraciones de la presente providencia.

(...)

Lo anterior, con base en las siguientes consideraciones:

- ☐ Que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981 y a los docentes que se nombraron a partir del 1º de enero de 1990, es el contemplado para los pensionados del sector público nacional, es decir los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985.
- ☐ Que a los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les reconocen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él.
- ☐ Afirmó que en el acto administrativo acusado se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, por lo que consideró que la pensión de la parte actora estaba mal liquidada y por tanto se debía declarar la nulidad del acto administrativo demandado.
- ☐ Lo anterior a fin de ordenar la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

1.4.- Del recurso de apelación:

1.4.1.- Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó en término el recurso de apelación (folios 74 a 77) en contra de la sentencia proferida en audiencia por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en donde expone lo siguiente como motivos de la inconformidad con la citada providencia:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1º de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.- Actuación en Segunda Instancia.

2.1.- Parte demandante:

La apoderada de la parte demandante presentó en la Secretaría de esta Corporación escrito de alegatos de conclusión, en donde solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda y que, a su vez, se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de la pensión de su representado, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el año anterior en el que alcanzó el status de pensionada.

2.2.- Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su escrito de alegatos de conclusión ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, las excepciones propuestas y el marco legal de la liquidación de la pensión de jubilación, por lo que no se hace necesario transcribirlos nuevamente.

2.3.- Del Ministerio Público.

El Ministerio Público en esta instancia rindió concepto de fondo dentro del presente proceso, señalando que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales lo procedente es revocar la sentencia de primera instancia, dado que los factores salariales que deben incluirse en el IBL son únicamente sobre los que hayan efectuado aportes al Sistema de Pensiones, y que se encuentran enlistados en la Ley.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto de Cúcuta, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153 del C.P.A.C.A., en concordancia con lo establecido en el art. 328 del C.G.P.

2.2. Asunto a Resolver en esta Instancia

Debe la Sala decidir si hay lugar a revocar la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado, al considerar que la pensión reconocida a la parte actora estaba mal liquidada, dado que en dicho acto se reconoció una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación solamente la asignación mensual.

Como restablecimiento del derecho ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, conforme el criterio de unificación señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Por su parte el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el recurso de apelación plantea los siguientes cargos:

1. Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.
2. Que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone *“asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece *“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”*.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente, requiere que sea revocada o modificada la sentencia de primera instancia para que en su lugar sea absuelta la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Ministerio Público en esta instancia rindió concepto de fondo dentro del presente proceso, señalando que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales lo procedente es revocar la sentencia de primera instancia, dado que los factores salariales que deben incluirse en el IBL son únicamente sobre los que hayan efectuado aportes al Sistema de Pensiones, y que se encuentran enlistados en la Ley.

2.3.- Problema Jurídico.

Conforme lo explicado en el ítem del asunto a resolver, existen un problema jurídico a resolver en esta Segunda Instancia a saber:

¿Hay lugar a revocar la sentencia del 22 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a declarar la nulidad parcial del acto demandado y en consecuencia se ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que procediera a reliquidar la pensión de jubilación de la que es titular la parte accionante, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, tal como lo solicita la entidad demandada en el recurso de apelación, con base en los cargos expuestos en el citado recurso y conforme a la jurisprudencia unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado?

2.4. -Tesis y Decisión del Tribunal en Segunda Instancia:

Para la Sala la respuesta al problema jurídico es que sí hay lugar a revocar la sentencia del 22 de agosto de 2018, para en su lugar negar las pretensiones, dado que conforme al criterio fijado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, la parte

actora no tiene el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación para incluir todos los factores salariales devengados por él durante el último año de servicios, sino solamente a los factores sobre los que la misma efectuó los respectivos aportes previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por tanto se comparte y acoge el concepto del Ministerio Público.

La decisión que se toma en esta Instancia se funda en los siguientes argumentos.

2.5. Régimen jurídico para la pensión de jubilación de los servidores vinculados a la docencia oficial.

Como es sabido en el artículo 48 de la Constitución se establece la seguridad social como es un servicio público de carácter obligatorio, y como un derecho irrenunciable. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo No 01 de 2005, se adicionaron varios incisos al citado artículo, estableciéndose las reglas relacionadas con el derecho a la pensión:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones. (...)

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión. (...)

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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. (...).”

Conforme la citada reforma constitucional, son dos los regímenes 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, dependiendo de la fecha de la vinculación al servicio, a saber:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 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.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.

2.6.- Efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de abril de 2019³, mediante la cual fijó las subreglas aplicables respecto del ingreso base de liquidación para los regímenes pensionales de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

“La Sala se detendrá en cada uno de los regímenes mencionados para, a partir de su análisis, sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en la mesada pensional de los docentes afiliados al Fomag.

A. Régimen de 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.

1. *Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.*

2. *El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:*

“Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”⁴.

(...)

3. *El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:*

ARTÍCULO 15. *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:*

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.*

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

³ Sentencia proferida dentro del expediente **68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19**, actor: Abadía Reynel Toloza, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

⁴ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado “optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal “nacionalización”, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación”.

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.

2. Pensiones:

A. 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 hubieran 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 ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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.**

«...».

4. De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

- I. **Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación:** Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.
- II. **Derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.**

5. El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶.

(...)

6. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por**

⁵ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

(...)

8. 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.

9. 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.**

B. 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.

10. 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 años⁷. 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.

11. 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.

12. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

⁷ 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.

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 9 de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo – Monto		Tasa de remplazo – Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%</u>⁸ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<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)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<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,

⁸ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	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.		o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
--	---	--	--

Finalmente, en la citada providencia se fijó la siguiente regla jurisprudencial:

*“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, así:*

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.”

De acuerdo al ordenamiento jurídico anteriormente citado, procede la Sala a resolver los cargos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, en el mismo orden que fueron expuestos por la entidad el apelante:

3.- Decisión de los cargos planteados en el recurso de apelación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1º.- Primer cargo: Señala que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia durante el trámite de las prestaciones económicas para docentes, ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto de reconocimiento previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la Sociedad Fiduciaria para efectos del respectivo pago.

Para la Sala el citado cargo no puede aceptarse, dado que mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se fijaron las funciones y objetivos del mismo dentro de los que se destaca el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

En el mismo sentido se ha señalado que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005, al ente territorial solamente le compete elaborar el proyecto de resolución por parte del Secretario de Educación, a través del cual se decida la respectiva reclamación y suscribir el acto definitivo, en cumplimiento de una labor de colaboración para con la Nación- Ministerio de Educación Nacional. El hecho de tener que suscribir el acto de reconocimiento, previa aprobación de la Fiduciaria, no conlleva a que la entidad territorial tenga la obligación legal de reconocer y pagar el reajuste de la pensión a la parte actora, puesto que la función que realiza el Secretario de Educación se enmarca dentro de una actividad de colaboración para con la Nación, como un medio territorial para tramitar y decidir las reclamaciones de los docentes afiliados al Fondo.

No resulta válido pretender que la entidad territorial a la cual prestó sus servicios la docente deba entrar a responder con su patrimonio, para el pago de una reliquidación pensional de un docente afiliado al Fondo FOMAG, ya que ello implicaría asignarle una competencia sin fundamento legal alguno.

2°.- Segundo cargo: que respecto a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación cita el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 que dispone “asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”, y el 1° de la Ley 62 de 1985 que establece “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”.

Que en los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 no se encuentran las primas de navidad y vacacional, reclamadas en la demanda, como para tenerlas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Estima la Sala que sí le asiste razón al apoderado de la entidad accionada al señalar que los factores para tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, son solamente los enlistados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, puesto que tal argumento resulta coincidente con el criterio adoptado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019.

En el presente caso se tiene que el señor Guimar Galvis Zapata ingresó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por tanto, le resulta aplicable el régimen de pensión ordinaria de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985.

Igualmente, se encuentra probado en el expediente que el señor Guimar Galvis Zapata al cumplir la edad de los 55 años, y la totalidad de los requisitos previstos en el citado régimen de la Ley 33, le fue reconocida su pensión de jubilación mediante la Resolución No. 00698 del 22 de febrero de 2016.

Resalta la Sala que en la sentencia apelada se dio aplicación al criterio jurisprudencial que se había fijado por la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010, criterio este en virtud del cual se ordenaba que para el

reconocimiento de la pensión debía incluirse todos los factores que hubiere devengado el actor al momento de adquirir el status de pensionado.

Sin embargo, debe señalar la Sala que tal criterio se entiende superado por las subreglas fijadas en la nueva sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, citada anteriormente, el cual resulta coincidente con el criterio adoptado también por la Corte Constitucional.

En este punto conviene recordar que en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 se establece que 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
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Igualmente se prevé que 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.

En este sentido advierte la Sala que en el proceso está probado que el señor Guimar Galvis Zapata, devengó durante el último año anterior a la adquisición de su status de pensionado los siguientes factores salariales (fl. 19):

1. Asignación básica
2. Bonif. Mensual 1junio/14-31 diciembre/15
3. Prima de navidad
4. Prima de servicios
5. Prima de vacaciones docentes

Ahora bien, al realizar un comparativo frente a los factores salariales reconocidos en la pensión de jubilación del señor Guimar Galvis Zapata dentro de la Resolución No. 00698 del 22 de febrero de 2016 y los que deben reconocerse de acuerdo a la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 25 de abril de 2019, se observa lo siguiente:

FACTORES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA EN LA RESOLUCION DEMANDADA		FACTORES QUE DEBEN RECONOCERSE DE ACUERDO A LOS ACTUALES CRITERIOS DE UNIFICACIÓN	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
25 de octubre de 2014 al 25 de octubre de 2015	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promedio asignación mensual (2014-2015) 2. Bonificación mensual Dc. 1566 1JUNIO/14-31 	<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>	<p>Los previstos en el art. 1 de la Ley 62 de 1985.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. asignación básica 2. gastos de representación 3. primas de antigüedad, técnica,

	DIC/15 3. 1/12 prima de vacaciones.		ascensional y de capacitación 4. dominicales y feriados 5. horas extras 6. bonificación por servicios prestados 7. trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.
--	--	--	--

En ese sentido, es claro que la lista de factores sobre los cuales se deben calcular los aportes para los docentes son los fijados en las leyes 33 y 62 de 1985, conforme al criterio de unificación jurisprudencial vigente, por lo que dentro del sub júdice, solo podía incluirse la asignación mensual y la bonificación mensual.

De lo expuesto se concluye que hay lugar a revocar la sentencia apelada, puesto que se ordenó una reliquidación pensional para incluirse todos los factores devengados por el actor como serían la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, las cuales no pueden incluirse dentro del ingreso base de liquidación de la pensión del actor ya que los mismos no se encuentran enlistados en la ley 33 de 1985.

Recuerda esta Corporación que conforme lo establecido en el numeral segundo de la referida sentencia del 25 de abril de 2019, los efectos de la misma son retrospectivos, es decir, que son vinculantes para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, tal como ocurre en el presente asunto.

Ahora bien, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación la prima de vacaciones, factor este que no está incluido en la Ley 62 de 1985 para que sirva de base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, se precisa que el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

Por otra parte, debe la Sala resolver la solicitud presentada por la parte demandante, en la cual requiere que no sea aplicada la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, al asegurar que los abogados direccionan las demandas conforme al precedente jurisprudencial vigente al momento de su presentación.

En ese sentido, considera la Sala necesario precisar que cuando el A quo profirió la sentencia apelada evidentemente, no se había proferido la sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de abril de 2019 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado. En el caso objeto de la sentencia de unificación se resolvió un caso de reliquidación pensional de docente, se especificaron los dos regímenes prestacionales que regulan el derecho de pensión de vejez y/o jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, se negaron las pretensiones de reliquidación y se indicó que el precedente judicial fijado en la materia era de obligatoria aplicación a todos los procesos en curso dados los efectos retrospectivos.

Por lo anterior, para la Sala el argumento de la parte actora no resulta válido para solicitar la inaplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, puesto que aun cuando es cierto que para la fecha en que se presentó la demanda y se profirió la sentencia apelada no existía la anotada sentencia SU, también lo es que en esta sentencia expresamente se señaló que sus efectos eran retrospectivos, por lo cual impacta los procesos similares en trámite, no existiendo una razón justificada para que esta Corporación se aparte del criterio adoptado por la Sección Segunda en la precitada sentencia de unificación.

4.- Decisión de la Sala.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, esta Corporación deberá revocar la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto de Cúcuta, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en precedencia.

Igualmente, no se condenará en costas ya que no resulta procedente imponerlas siguiendo los criterios jurisprudenciales vigentes⁹ al no observarse por parte de la Entidad accionada una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho.

De otra parte, se negará la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante, en relación con la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, de conformidad con los argumentos expuestos anteriormente.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Revóquese la sentencia del veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Mixto de Cúcuta, para en su lugar **negar** las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta Instancia.

TERCERO: Niéguese la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante, respecto a la no aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

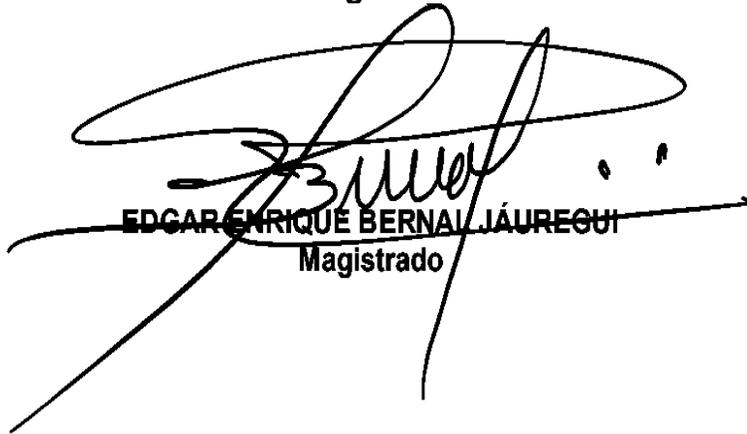
(Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Oralidad Virtual No. 4 en sesión de la fecha)

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

⁹ Sentencia de fecha 30 de marzo de 2017, Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección B, actor: Gonzalo Tibacan Puentes.



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado