



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, 25 de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-003-2017-00134-01
Demandante:	Simón Rafael Iriarte Díaz
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo

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

1. ASUNTO A DECIDIR

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

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 28 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

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

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

³ Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: El señor, Simón Rafael Iriarte Díaz por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicita la nulidad parcial de la **Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014⁵** expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor del demandante.

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

Reitera en la declaración tres, que se debe pagar a favor de su mandante *“el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de la ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionado; es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo”*.

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

Por medio de solicitud N° 2013 PENS-0015875 del 24 de septiembre de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión jubilación, la cual fue reconocida mediante Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014, la cual desestimó los factores salariales de prima de antigüedad, prima de alimentos, *horas extras* y demás prestaciones de ley.

Afirma que de haberse tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales acreditados, habría arrojado a su favor una pensión de jubilación en cuantía de \$2.543.262.00, o lo que se pruebe, efectiva a partir del 10 de agosto de 2013.

⁴ Fl. 2 C. Ppal.

⁵ Folios 21 al 23 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo.

⁶ Fl. 1-2 C. Ppal.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de mayo de 2017⁷, siendo admitida a través de auto calendado 23 de junio de 2017⁸. El 9 de noviembre de 2017⁹, fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la audiencia inicial se celebró el 21 de agosto de 2018¹⁰, se surtieron las etapas procesales, prescindió de la audiencia de pruebas y corrió traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada¹¹: La entidad demandada contestó de forma extemporánea.

2.5. Sentencia recurrida¹²: El Juez de instancia declaró la nulidad parcial del acto acusado, esto es la Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Sincelejo - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la nulidad del acto demandado, condenó a la entidad demandada a reliquidar nuevamente la pensión de jubilación del señor Simón Rafael Iriarte Díaz.

Como sustento de su decisión, señaló que al revisar el material probatorio que funge en el plenario se encuentra probado que mediante Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014, le fue reconocida y ordenado el pago de una pensión vitalicia de jubilación aplicando las reglas de la Ley 33 de 1985.

Precisa el despacho que en el acto de reconocimiento pensional, se aplicó una tasa de remplazo del 75 % del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al estatus y tomando como factor salarial para la liquidación de la pensión, el promedio de la asignación básica mensual, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

⁷ Fl. 28 del C. Ppal

⁸ Fl. 30 C. Ppal

⁹ Fls. 40 a 42 C. Ppal

¹⁰ Fls. 96 a 100 C. Ppal.

¹¹ Folio 42 al 56 del C. Ppal

¹² Fls. 103 a 114 C. Ppal.

Señaló que en el último año inmediatamente anterior al estatus de pensionado, esto es, 10 de agosto de 2012 hasta el 10 de agosto de 2013, el actor devengó como factores salariales, además de la asignación básica salarial, prima de alimentación, la prima vacacional y la prima de navidad, también devengó el pago de horas extras en los meses de junio y agosto de 2013, el cual no fue considerado por el FOMAG, al momento de liquidar la pensión.

Conforme a lo anterior, afirma, que al docente, que fue vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, se le debe reconocer la pensión de jubilación con las reglas de la Ley 33 de 1985.

Estimó que con el simple cotejo documental entre el acto de reconocimiento pensional, la resolución de reliquidación y el certificado de salarios, al reconocer y liquidar la pensión del actor, se dejó de incluir como factor salarial las horas extra de los meses junio y agosto de 2013, en el año inmediatamente anterior al haber adquirido el status de pensionado, cuando si debía hacerlo.

En cuanto a las demás pretensiones reclamadas; esto es, prima de antigüedad, Bonificación mensual de junio y diciembre y prima de servicios, manifestó que no serían reconocidos, toda vez que, se devengaron con posterioridad a la adquisición del status pensional.

Así las cosas, ordenó la nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor Iriarte Díaz teniendo en cuenta no solo la asignación básica mensual, la prima vacacional y la prima de navidad, sino las horas extras devengadas en los meses de junio y agosto de 2013.

2.6. El recurso de apelación¹³: La entidad demandada, discrepa de la decisión del *A quo*, por lo tanto solicitó se revoque la sentencia proferida por el Tercero Administrativo de Sincelejo el 28 de agosto de 2018, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014, así mismo expresó que en el evento de no acceder a la revocatoria se dé aplicación al principio de la *no reformatio in pejus*, en lo que se refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive de la providencia impugnada.

¹³ Fls. 119 a 137 C. Ppal

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

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

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

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

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

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

Expresa que la Ley 91 de 1989 hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salarios, deduciendo que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas y

hacen referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por la Ley 91 de 1989 a favor de los docentes estatales dado que dicha norma solo hace alusión a aquellos que son obligatoriamente afiliados al Fondo, por consiguiente solo podría asumirse el reconocimiento de dicha prima con cargo a la Nación y en virtud de la Nacionalización de la Educación, en aquellos casos en que la prima de servicio le hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la Ley 91 de 1989, en aplicación al artículo 58 de la Constitución Política sobre derechos adquiridos teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

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

2.8. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 26 de junio de 2019¹⁴, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 13 de agosto de 2019¹⁵, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.9. Alegatos de conclusión:

2.9.1 La parte demandante, se abstuvo de rendir alegatos de conclusión.

2.9.2 La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG¹⁶: expresa que si bien el régimen deprecado por el demandante para liquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la fecha y tipo de vinculación es el establecido en la Ley 33 de 1985. También aduce que no es posible que se realice una aplicación acuciosa de la norma, en cuanto a la base de liquidación que expresamente se menciona, como quiera que si se llegara a dar aplicación a la norma se estaría desconociendo lo dispuesto en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, emitida por el H. Consejo de Estado.

¹⁴ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁵ Fl. 9 del C. Alzada

¹⁶ Fls. 14 y 15 del C. Alzada.

Manifiesta que la afectación financiera de la que habla la sentencia aludida, son factores que se deben extender al régimen pensional docente, para salvaguardar la estabilidad del sistema. En consecuencia, plantea que no corresponde en el presente caso reliquidar la pensión del señor Simón Rafael Iriarte Díaz, toda vez que no es posible incluir todos los factores salariales sobre los cuales no se hayan realizado efectivamente aportes o cotizaciones en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status.

Trae a colación como ejemplo de aplicación del alcance de la sentencia de unificación, la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Tolima (Rad. 339-2018).

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

3. CONSIDERACIONES

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

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada se resume en que la decisión tomada por el *A quo* no se ajusta a derecho, puesto que, según la ley aplicable al caso, no es viable que se le reconozca a el demandante la reliquidación de la pensión de jubilación, conforme a las previsiones contempladas en los Decretos 451 de 1984 y 1042 de 1978 y ley 91 de 1989.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Simón Rafael Iriarte Díaz tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al status.

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

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

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

*1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Ver **Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil***

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

2.- Pensiones:

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

A. *Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público*

nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

B.

Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

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

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

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

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

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

De lo anterior se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión; y que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, dicha ley señala:

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

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

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

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

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

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

(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable al demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que el señor Simón Rafael Iriarte Díaz fue nombrado como docente en la Escuela Rural Abre el Ojo, del Municipio de Galeras – Sucre, mediante Decreto N° 508 de 22 de mayo de 1978, con fecha de posesión 24 de mayo de 1978¹⁷; por lo tanto, le es aplicable la Ley 33 de 1985, por ser esta la que cobija a los empleados del sector público sin distinción alguna.

Ahora bien, la predicha Ley dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos

¹⁷ De acuerdo con el formato único para expedición de Certificados de historia laboral, emanado de la Secretaría de Educación de Sincelejo, fecha que no coincide con la resolución, sin embargo no está en discusión la fecha de adquisición del status.

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

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

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

Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera cotizado, se ordene realizar los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

Es pertinente aclarar, que respecto del Ingreso Base de Liquidación previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es posible su aplicación a los docentes por dos razones:

- La primera, por cuanto este es aplicable a aquellos servidores que pertenezcan al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y

- En segundo lugar, debido a que fue la misma Ley en su artículo 279, la que excluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social de la precitada ley 100.

3.3. Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019¹⁸ del 25 de abril de 2019, varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esa Corporación en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluirán todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Señaló la alta Corporación que debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la sub regla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

Expresó que en dicha sentencia de unificación la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, en un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto la Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta, para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla, la cual se transcribe in extenso:

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

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

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

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

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

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

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

periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.
(negrillas del despacho)

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

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

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

“68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años¹⁹. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

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

¹⁹ 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.

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

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL			
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85%²⁰ (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 	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
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		(Decreto 1158 de 1994)

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

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

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

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

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

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

En otra arista, antes de resolver el caso concreto es menester señalar que la entidad demandada en el recurso de apelación solicita que en el evento de no accederse a su petición de revocatoria de la sentencia se de aplicación al principio de la no reformatio in pejus.

Pues bien El artículo 328 del Código General del Proceso, señala:

“Artículo 328. Competencia del superior. *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

(...)

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella”.

De lo anterior se colige que cuando se trata de apelante único, le está vedado al Juez pronunciarse sobre aquellas situaciones que no le fueron planteadas en el recurso, debido a que se entiende que el apelante solo impugna la providencia en lo que le sea desfavorable, y su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el recurrente²¹.

No obstante, el Consejo de Estado ha expresado en reiterados pronunciamientos que este derecho no es absoluto, y que existen algunas excepciones ya que de manera excepcionalísima, el superior cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no haya sido objeto del recurso de apelación²².

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014 a través de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a un docente Nacionalizado y frente al cual, se estableció en su parte resolutive (artículo cuarto) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar el citado acto administrativo.

Como restablecimiento del derecho impetra se reliquide la pensión de jubilación a partir del día que cumplió el status de pensionado, tal como el equivalente al 75% del salario, teniendo en cuenta los factores salariales acreditados, con los

²¹ Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C. P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155); así mismo en sentencia de la Sección Segunda Subsección B. C. P: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01250-01(AC); Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264).

correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de adquisición del status de pensionado²³,

El A quo accedió en parte a las pretensiones, ordenando la nulidad parcial de la Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014, de conformidad con el régimen normativo y jurisprudencial de la Ley 33 de 1985 el cual le resultaba aplicable al haberse vinculado al servicio público educativo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003²⁴; y condenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación efectiva a partir del 10 de agosto de 2013, con la inclusión de las **horas extras devengadas en los meses de junio y agosto de 2013**.

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

- ⇒ El señor Simón Rafael Iriarte Díaz nació el 9 de agosto de 1958²⁵; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 9 de agosto de 2013.
- ⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 22 de mayo de 1978²⁶.
- ⇒ Según la Resolución N° 0076 del 10 de marzo de 2014, **adquirió su status de pensionado el 09 de agosto de 2013**²⁷, ya que a la fecha contaba con 20 años de servicio²⁸.
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación nacionalizado²⁹, hasta el 8 de mayo de 2017, lo cual se desprende del formato único para expedición de certificados de historia laboral que obra en el folio 26.

Se encuentra acreditado que le fue reconocido al actor su derecho pensional de jubilación mediante N° 0076 del 10 de marzo de 2014, en cuantía de \$2.215.768,00 efectiva a partir del 10 de agosto de 2013 para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 812 de 2003 y ley 1151 de 2007; es decir, el 75% del promedio salarial mensual devengados en el último año de servicio anterior a la

²³ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de declaraciones y condenas visible a folio 2.

²⁴ La ley 812 de 2003, entró en vigencia a partir de su promulgación, que fue el 27 de junio de 2003, en el diario oficial N° 45.231

²⁵ De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 19 del expediente.

²⁶ De acuerdo con el formato único para expedición de certificados de historia laboral, emanado de la Secretaria de Educación de Sincelejo que reposa en el folio 26 del expediente, tiempo que no coincide con el de la Resolución No. 0076 del 10 de marzo de 2014; sin embargo, a aquel punto no es objeto de debate en el presente proceso y no tiene incidencia en el régimen a aplicar.

²⁷ Fls 21 a 23 De conformidad con el acto de reconocimiento pensional. Vale anotar que se toma la fecha ahí consignada, en tanto, no se discute en este proceso el derecho al reconocimiento pensional.

²⁸ Tal afirmación se desprende del formato único para expedición de certificados de historia laboral, emanado de la Secretaria de Educación de Sincelejo que reposa en el folio 26 del expediente.

²⁹ Tal como lo señala el Formato Único Para Expedición De Certificado De Salarios, folio 24.

adquisición del status, tal como lo señala la mencionada resolución del reconocimiento pensional³⁰ y al momento de su expedición contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad.

La pensión le fue reconocida teniendo como factores salariales la Asignación Básica Mensual, Prima de Alimentación, Prima de vacaciones y la Prima de navidad³¹, esto es, la suma de \$2.215.768,00 pesos correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio anterior al status, según el acto administrativo.

Así mismo, se logró demostrar que el señor Simón Rafael Iriarte Díaz prestó sus servicios de manera continua desde el 22 de mayo de 1978³² y devengó durante el último año de servicio (2013) los siguientes factores salariales³³:

Factores salariales	Desde: 01/01/2013 Hasta: 31/12/2013
Asignación básica (sueldo)	\$2.634.485,00
Sobresueldo	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00
Bonf. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$00
Prima de alimentación	\$25.541,00
Prima de transporte	\$00
Auxilio de movilización	\$00
Prima de clima	\$00
Prima de grado	\$00
Prima de servicios	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.330.013,00
Prima de navidad	\$2.745.319,00
TOTAL (sin horas extra)	\$6.735.358,00

Asimismo se encontró probado que el demandante devengó en ese mismo periodo de tiempo las siguientes horas extra:

Mes	Valor
Junio/13	\$353.304,00
Agosto /13	\$471.072,00
Septiembre/13	\$117.768,00
Octubre/13	\$117.768,00
Noviembre/13	\$117.768,00
Diciembre/13	\$117.768,00

³⁰ Fl. 21 a 23 C. Ppal.

³¹ Ver folio 22 parte superior.

³² Tal como se desprende del Formato único para expedición de Certificados de historia laboral, emanado de la Secretaría de Educación de Sincelejo que reposa en el folio 26 del expediente.

³³ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 24 y 25 del expediente.

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculada el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable al actor es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales el actor cumplió a cabalidad³⁴, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido por la actora en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del derecho, a partir del día que cumplió su estatus de pensionado.

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación³⁵ No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³⁶ como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

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

En este caso en concreto, la pretensión se refiere a la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho con relación al último año de servicio anterior a la causación de su status y encuentra esta colegiatura que los factores devengados en ese periodo y sobre los cuales se solicita su inclusión para efectos de

³⁴ A la fecha del reconocimiento pensional el señor Iriarte Díaz contaba con 20 años de servicio.

³⁵ Ver Párrafo 70

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

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

Ley 62 de 1985	Factores salariales efectivamente devengados según certificación³⁷	Factores reconocidos por la resolución No.0076 del 10 de marzo de 2014
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;	X	X
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.	X	X
Dominicales y feriados;	X	X
Horas extras,	Horas extra	X
La bonificación por servicios prestados	X	X
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.	X	X
x	Prima de alimentación especial	Prima de alimentación
x	Prima vacacional docente 1/12	Prima de vacaciones
x	Prima de navidad	Prima de navidad

En ese orden de ideas, de acuerdo con el Certificado Salarial que reposa en el expediente, el señor Simón Rafael Iriarte Díaz devengó además de la asignación básica, la prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad; **horas extra**, en el último año de servicios a la causación del status de pensionado, esto es entre agosto de 2012 a agosto de 2013³⁸; periodo en el cual se encuentra acreditado que devengó horas extras en los meses de junio y agosto de 2013 y no fueron tenidos en cuenta por el FOMAG, al momento de liquidar la pensión y ésta colegiatura acoge lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la cual se modifica la línea que con antelación venía predicando tanto el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa como este Tribunal, sobre la base para ordenar el reconocimiento y la reliquidación pensional; esto es, teniendo en cuenta para efecto de la liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, tesis que perdió vigencia con la sentencia de unificación pluricitada, que ordena reliquidar la pensión de aquellos docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2013, con el 75% sobre el salario

³⁷ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 24 y 25 del expediente
³⁸ según la continuación del formato único para la expedición de certificado de salarios obrante a folio 25.

mensual promedio del último año de servicio docente y como factores a tener en cuenta, únicamente los enlistados en la Ley 62 de 1985.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad parcial del acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante, la petición de restablecimiento encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengados por el actor en su último año de servicios anterior a la adquisición del derecho pensional; se confirmará la sentencia apelada que accedió a lo solicitado, en razón a la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento de que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos detallados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que es vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir las horas extras de dos meses, elemento que es considerado factor salarial para todos los efectos pensionales, máxime cuando este se devengó dentro del año anterior a la fecha de adquisición del status pensional del demandante, pero únicamente en los periodos comprendidos entre el 01 al 30 de junio de 2013 y el 01 al 09 de agosto de 2013; debido a que es la única época en que se logró acreditar el pago de dicho factor y porque las pretensiones se plantearon en la demanda referidas a la reliquidación teniendo en cuenta la fecha en la cual se adquirió el status de pensionado.

3.4. Condena en costas: Teniendo en cuenta que prosperó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, que nos encontramos frente a un cambio jurisprudencial signado bajo una sentencia de unificación y en un régimen objetivo-valorativo respecto a la causación de las costas, este Tribunal no condenará en costas a ninguna de las partes

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 23 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta N° 168.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY