



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 70001-33-33-003-2017-00024-01
Demandante:	Oneira María Perdomo Ricardo
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 14 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES

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.

2.1. Pretensiones⁴: La señora Oneira María Perdomo Ricardo 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° 00131 del 09 de marzo de 2007⁵, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor de la demandante, **sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada.**

Así mismo, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo N° 0074 del 26 de enero de 2017⁶, **que le reconoció la reliquidación de la pensión de jubilación a la actora, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.**

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación **a partir del 05 de septiembre de 2006**, equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición de status de pensionada y que del valor reconocido se le descuente de lo que fue reconocido y cancelado en virtud de las resoluciones N° 001131 del 09 de marzo de 2007 y N° 0074 del 26 de enero de 2017, ambas expedidas por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre.

2.2. Hechos relevantes⁷: La señora Oneira María Perdomo Ricardo, manifiesta que laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por esa entidad, según la sentencia del 21 de noviembre de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Señala que, en el acto de reconocimiento pensional, se incluyó como base de liquidación únicamente la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de alimentación, la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales

⁴ Fls. 1-2 C. Ppal.

⁵ Folio 18-20 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

⁶ Folio 21 y 22 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

⁷ Fl. 3 C. Ppal.

percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

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

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 14 de febrero de 2018⁸, siendo admitida a través de auto calendado 02 de marzo de 2018⁹. El 09 de abril de 2018¹⁰, 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 20 de noviembre de 2018¹¹, se surtieron las etapas procesales, prescindió de la audiencia de pruebas y corrió traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada

La entidad demandada, contestó de forma extemporánea¹².

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

2.7. Sentencia recurrida¹³: El Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, en razón a que al sintetizar las pretensiones, concluyó que lo solicitado por la actora, es que se reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de la adquisición del status, ya que en el acto de reconocimiento pensional demandado y su reliquidación, se consideraron como factores salariales **la asignación básica, bonificación mensual del Decreto 1566, auxilio de movilización, prima de vacaciones y prima de navidad** y según la certificación salarial, la docente devengó además de la asignación básica; la prima de alimentación, prima de transporte, auxilio de movilización, prima vacacional y prima de navidad.

⁸ Fl. 26 del C. Ppal

⁹ Fl. 27 C. Ppal

¹⁰ Fl. 32 C. Ppal

¹¹ Fls. 60 al 63 C. Ppal.

¹² El auto admisorio de la demanda fue notificado a la entidad demandada electrónicamente el 09 de abril de 2018 (fl. 32), por lo que el término para contestar la demanda se vencía el 16 de mayo de 2018; observándose que, sólo hasta el 14 de agosto del mismo año la entidad demandada allegó el escrito de contestación visible a folios del 42 al 54 del expediente.

¹³ Fls. 66-73 C. Ppal.

Adujo que, de acuerdo a la nueva subregla decisional del Consejo de Estado, mediante la Sentencia del 28 de Agosto de 2018, no es posible reliquidar la pensión de la demandante, ya que abordar el análisis de los dos actos administrativos demandados, dio cuenta que le fueron reconocidos todos los factores salariales devengados en el último año a la adquisición del status y que debieron ser incluidos.

Mantuvo que, la entidad actuó conforme a ley en la expedición del acto demandado, toda vez que, todos los factores salariales devengados fueron incluidos en la Resolución N° 074 del 26 de enero de 2017, que reliquidó la pensión de jubilación de la actora. Asimismo, condenó en costas a la demandante.

2.8. El recurso de apelación

La parte demandante,¹⁴ discrepa de la decisión del A quo, por lo tanto solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

El recurso de alzada se sustenta en que la sentencia de unificación aplicada por el juez de primera instancia resulta inaplicable para el presente caso, no sólo porque la propia sentencia expresamente lo determina, sino por cuanto los docentes fueron expresamente excluidos por la Ley 100 de 1993.

Así mismo, cita distintas sentencia de tutela proferidas por el Consejo de Estado para concluir que, debe tenerse en cuenta que los afiliados al Fondo Prestacional del Magisterio por tratarse de empleados públicos de régimen especial, cobijados por lo establecido en los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por emisión expresa de la Ley 91 de 1989 y reiterando que son expresamente exceptuados del régimen de prima media que se consolidó con la Ley 100 de 1993, salvo la remisión expresa que a ella se refiere en la Ley 812 de 2003. Por lo anterior, los docentes son cobijados por la Ley 33 y 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, que es una norma especial para este grupo de empleados públicos.

En tal sentido, cita las sentencias del Consejo de Estado del 22 de noviembre de 2007, Sala de Consulta del servicio Civil con radicación 1.857 y del 16 de marzo de 2017, expediente No. Interno 1078-2014, que a su juicio ratifican el derecho de su

¹⁴ Fls. 77 a 103 C. Ppal

representado. Asimismo cita la sentencia de la Corte Constitucional C-486 de 2016, ratificada por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005.

Trae a colación los principios de proporcionalidad, confianza legítima en la administración de justicia, seguridad jurídica, buena fe, entre otros, solicitando al fallador de alzada su aplicación.

Explica que la aplicación retrospectiva en el presente asunto, no significa que los próximos fallos que se expida deben acatar el criterio jurisprudencial, como quiera que son situaciones diversas.

Finalmente, aduce que el caso sub examine debe ser resuelto bajo los parámetros de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010, radicada bajo el No. 150012331000200502159-01 y radicado interno N° 1738-2008, con ponencia del Consejero Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en razón a que el demandante consolidó su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida Sentencia de Unificación.

2.9. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 3 de julio de 2019¹⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionante en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 13 de agosto de 2019¹⁶, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.10. Alegatos de conclusión:

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

La parte demandada FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG¹⁷: expresa que si bien el régimen deprecado por la 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

¹⁵ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁶ Fl. 9 del C. Alzada

¹⁷ Fls. 14-15 y 16-30 del C. Alzada.

dispuesto en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018, emitida por el H. Consejo de Estado.

En consecuencia, plantea que no corresponde en el presente caso reliquidar la pensión de la señora Oneira María Perdomo Ricardo, 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 de pensionado.

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

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante, el problema jurídico a resolver se plantea en determinar si la señora Oneira María Perdomo Ricardo tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año inmediatamente anterior a la adquisición de su status de pensionada respecto a la Resolución N°00131 del 09 de marzo de 2007 y frente al acto administrativo N° 0074 del 26 de enero de 2017, si es factible la reliquidación con base en lo devengado en el último año de servicios.

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 a la demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que la señora Oneira María Perdomo Ricardo fue nombrada como docente en el Centro Educativo Piñalito del municipio de la Unión - Sucre, mediante Decreto 00126 del 17 de febrero de 1972, con fecha de posesión el 20 de febrero del mismo año y efectos fiscales en la misma calendar¹⁸; por lo tanto le es aplicable la Ley 33 de 1985, por ser esta la que cobija a los empleados del sector público sin distinción alguna.

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

¹⁸ Fl 25 - De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre, fecha que coincide con la resolución de reconocimiento y pago de la pensión de la actor a, sin embargo no está en discusión la fecha de adquisición del status.

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 N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019¹⁹ del 25 de abril de 2019, varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esa Corporación en la Sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluirán todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

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

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

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

“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º

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

de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

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

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

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

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

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*

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

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

“68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años²⁰. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

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

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

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

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.

✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años		✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85%²¹ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
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) 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.	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)

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:

²¹ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

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

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

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de las Resoluciones N° 00131 del 09 de marzo de 2007 y N° 0074 del 26 de enero de 2017, a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a un docente Nacionalizado y se reliquidó la misma y frente a las cuales, se estableció en su parte resolutive (artículo quinto y cuarto respectivamente) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar los citados actos administrativos.

Como restablecimiento del derecho impetra se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados, tal como el equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores devengados durante el año anterior al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado²².

En la audiencia inicial simultánea realizada el 20 de noviembre de 2018²³, se fijó el litigio de la siguiente forma:

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

²³ Fls. 60 a 63 Cdno Ppal.

Audiencia Inicial simultánea²⁴ minuto 11:34 a minuto 12:16

“(…) vamos a determinar si a los actores aquí demandantes, en su calidad de docentes pensionados, les asiste el derecho o no a la reliquidación de su pensión de jubilación con fundamento en la ley 33 de 1985, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante su último año anterior a la adquisición del status de pensionado y durante el último año de servicios en algunos. Entonces vamos a revisar eso; lo vamos a estudiar con fundamento en el año inmediatamente anterior al estatus y otros al año inmediatamente anterior al retiro del servicio.”

Planteamiento del problema jurídico, con el cual las partes se encontraron de acuerdo.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión en el hecho de que en los actos administrativos traídos a control judicial, le reconocieron todos los factores salariales que debían ser incluidos y que fueron devengados en el último año a la adquisición del status pensional, manteniéndose incólume la presunción de legalidad de los mismos, aplicando el precedente de unificación del 28 de agosto de 2018.

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

- ⇒ La señora Oneira María Perdomo Ricardo nació el 05 de septiembre de 1951²⁵; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 05 de septiembre de 2006.
- ⇒ La demandante, empezó a trabajar como docente el 20 de febrero de 1972²⁶
- ⇒ Según la Resolución N° 00131 del 09 de marzo de 2007, adquirió su status de pensionada el 05 de septiembre de 2006²⁷.
- ⇒ Que a la demandante se le aplicó el retiro forzoso del cargo de docente, mediante Decreto 0971 del 21 de noviembre de 2016, a partir de la misma fecha.²⁸
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacionalizada²⁹, y mediante Resolución N° 0074 del 26 de enero de 2017, le fue reliquidada su pensión de vejez conforme al último año de servicio.³⁰

²⁴ Grabación de audio y video de la diligencia incorporada en CD a Folio 65 del expediente.

²⁵ Según lo consignado en la Resolución 00131 del 09 de marzo de 2007 obrante a folios del 18 al 20 del cuaderno Principal.

²⁶ De acuerdo con el Certificado De Tiempo de Servicio, emanado de la Secretaria de Educación de Sucre que reposa en el folio 25 del expediente.

²⁷ Fls. 18 al 20. De conformidad con el acto de reconocimiento pensional. Vale anotar que se toma la fecha ahí consignada, en tanto, no se discute en este proceso el derecho al reconocimiento pensional.

²⁸ Según la información suministrada en la Resolución N° 0074 del 26 de enero de 2017.

²⁹ Tal como lo señalan los Formatos Únicos Para Expedición De Certificado De Salarios visibles a folios 23 y 24.

³⁰ Folios 21 y 22

Se logró demostrar que los factores devengados por la docente *en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada* (2005-2006), son los siguientes:

Factores salariales	Desde: 01/01/2005 Hasta: 30/12/2005	Desde: 01/01/2006 Hasta: 30/12/2006
Asignación básica (sueldo)	\$501.731,00	\$526.818,00
Sobresueldo	\$00	\$00
Prima de alimentación	\$32.263,00	\$10.820,00
Prima de transporte	\$44.500,00	\$00
Auxilio de movilización	\$18.459,00	\$00
Prima de clima	\$00	\$00
Prima de grado	\$00	\$00
Horas extras	\$00	\$00
Prima de semestral	\$00	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$289.897,00	\$304.250,00
Prima de navidad	\$621.161,08	\$653.236,17
TOTAL \$	\$1.507.511	\$1.585.368

En el acto de reconocimiento y liquidación pensional de la actora, tuvo en cuenta como factor salarial el **promedio de la asignación básica mensual**, cuya mesada pensional corresponde al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al status, esto es, la cuantía de \$389.103,00, efectiva a partir del 06 de septiembre de 2006, para lo cual se aplicó entre otras disposiciones legales, el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la ley 91 de 1989.³¹

Así mismo, se logró probar que la señora Oneira María Perdomo Ricardo prestó sus servicios de manera continua desde el 20 de febrero de 1972 y devengó durante *el último año de servicios anterior a la fecha del retiro* (2015-2016), los siguientes factores salariales:

Factores salariales	Desde: 01/01/2015 Hasta: 30/12/2015	Desde: 01/01/2016 Hasta: 10/11/2016
Asignación básica (sueldo)	\$2.886.699,00	\$3.120.336,00
Sobresueldo	\$00	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00	\$00
Bonf. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$28.666,99	\$62.406,72
Prima de alimentación	\$00	\$00
Prima de transporte	\$00	\$00
Auxilio de movilización	\$28.386,00	\$30.592,00
Prima de clima	\$00	\$00
Prima de grado	\$00	\$00
Horas extras	\$00	\$00
Prima de servicios	\$1.433.349,50	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.443.349,50	\$00
Prima de navidad	\$3.014.530,79	\$00
TOTAL \$	\$8.804.982	\$3.213.335

³¹ Tal como se indica en la Resolución de reconocimiento pensional (Res. 00131 del 09 de marzo de 2007 Fls 19 y 20).

Se encuentra acreditado, que le fue reliquidada a la actora su derecho pensional de jubilación mediante resolución N° 0074 del 26 de enero de 2017, en cuantía de \$2.664.932,00 efectiva a partir del 21 de noviembre de 2016, para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y ley 91 de 1989 y teniendo como factores salariales **el promedio de asignación básica, promedio de bonificación especial Decreto 1566/2014, promedio de auxilio de movilización, prima de vacaciones y prima de navidad**³², esto es, la suma de \$2.664.932,00 pesos, correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio.

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculada la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la actora es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales la actora cumplió a cabalidad³³, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

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

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación³⁴ No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³⁵ 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

³² Ver folio 21 parte inferior.

³³ A la fecha del reconocimiento pensional, la señora Perdomo Ricardo contaba con 20 años de servicio.

³⁴ Ver Párrafo 70

³⁵ 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

*norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio **del último año de servicio docente**. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985” (resalto de la Sala).*

Ahora bien, al analizar las pretensiones de la demanda, observa la Colegiatura que en el sub examine, se solicita la declaratoria de nulidad parcial de la **Resolución N° 00131 del 09 de marzo de 2007**, mediante la cual se reconoció y liquidó la pensión de jubilación a la demandante, sin incluir todos los factores salariales **percibidos en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status de pensionado**; y la declaratoria de nulidad parcial de la **Resolución 0074 del 26 de enero de 2017**, mediante la cual se reliquida la misma, sin incluir todos los factores salariales **percibidos en el último año de servicios**. Sin embargo; en el título de restablecimiento del derecho, sólo se deprecia que se le reconozca y pague la pensión ordinaria de jubilación a partir del 05 de septiembre de 2006, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados **durante el año anterior al momento de adquirir el status jurídico de pensionado**, que es coincidente con lo resuelto en la sentencia de primer grado. Situación que teniendo en cuenta las pruebas aportadas en el proceso y haciendo uso del Principio de Caridad³⁶, se entenderá tal como fue planteada por el demandante; en principio, analizando si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos; pero ubicados en ese escenario; es decir, el de la resolución de 2007, si a ello se accediera no habría lugar al restablecimiento porque no fue solicitado, lo que sí ocurriría en la hipótesis de que prosperen las pretensiones respecto a la resolución de reliquidación de 2017.

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

³⁶ (CSJ AP, 9 de sept. de 2015, rad. 46235). “Acorde con la jurisprudencia de la Sala, el **principio de caridad** propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible.” (negrillas fuera de texto).

Ley 62 de 1985	Factores salariales efectivamente devengados según certificación (2005-2006) – Fls 23	Factores reconocidos por la resolución N° 00131 del 9 de marzo de 2007 (reconocimiento) – Fls 18 a 21	Factores salariales efectivamente devengados según certificación (2015-2016) - Fl 24	Factores reconocidos por la Resolución N° 0074 del 26 de enero de 2017 (reliquidación) – Fls 21 a 24
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;				
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.				
Dominicales y feriados;				
Horas extras,				
La bonificación por servicios prestados				
Trabajo suplementario realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.				
			Bonif. Mensual Dec. 1566 1 junio/14	Bonif. Mensual Dec. 1566 1 junio/14
	Prima de alimentación	X		
	Prima de transporte	X		
	Auxilio de movilización	X	Auxilio de movilización	Auxilio de movilización
	Prima vacacional docente 1/12	X	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	Prima de navidad	X	Prima de navidad	Prima de navidad
			Prima de servicio	X

Como viene de ser expresado en las consideraciones de esta providencia, la señora Perdomo Ricardo, de acuerdo con los certificados de salarios que reposan en el expediente, **en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada**, devengó además de la asignación básica; la prima de alimentación,

prima de transporte, auxilio de movilización, prima de vacaciones y prima de navidad; elementos que no le fueron incluidos en el acto de reconocimiento pensional (Resolución N° 00131 del 09 de marzo de 2007) y **en el último año de servicios anterior al retiro**, devengó además de la asignación básica, la Bonificación mensual Dec. 1556/2014, auxilio de movilización, prima vacacional docente, la prima de navidad y la **prima de servicio**; a excepción de esta última, todos fueron objeto de reconocimiento al reliquidar la pensión de jubilación (Resolución N° 0074 del 26 de enero de 2017).

Ahora bien, respecto a la prima de alimentación, prima de transporte, auxilio de movilización, prima de vacaciones y prima de navidad, que en la resolución de **reconocimiento** no fueron tenidos en cuenta, encuentra este Tribunal, que ellos, no están enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Con relación, a la **prima de servicio**, que no fue tomada en cuenta en la **reliquidación**, se tiene que tal prestación social, tampoco se encuentra enlistada en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y ésta colegiatura acoge lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la cual se modifica la línea que con antelación venía predicando tanto el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa como este Tribunal, sobre la base para ordenar el reconocimiento y la reliquidación pensional; esto es, teniendo en cuenta para efecto de la liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, tesis que perdió vigencia con la sentencia de unificación pluricitada, que ordena reliquidar la pensión de aquellos docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2013, con el 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente y como factores a tener en cuenta, únicamente los enlistados en la Ley 62 de 1985.

Por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó lo solicitado; pero en aplicación de la regla de decisión contenida en la sentencia de proferida por el H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019; en consecuencia, al tener esa sentencia carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento, no resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión de que goza la accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985,

sin incluir ningún factor que no se encuentre enlistados en el mencionado artículo, de tal suerte que no es posible acceder a la nulidad deprecada ni a la reliquidación de la pensión con los factores devengados ni dentro de los 12 meses anteriores a la adquisición del status de pensionado; ni, en el último año de servicio anterior al retiro, como lo solicita la parte actora.

Finalmente y para dar respuesta a una de las aristas de la apelación relacionada con los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales, este Tribunal resalta que la propia sentencia de unificación N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³⁷ del 25 de abril de 2019, fija los efectos de dicha decisión, al respecto resulta oportuno transcribir los párrafos 73, 74, 75 y 76 de sus consideraciones, así como el numeral segundo de la parte resolutive, que dan respuesta a las inquietudes del recurrente, así:

*73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución - , tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política²⁶ . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.*

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

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

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

Y el numeral segundo de su parte resolutive estatuyó:

³⁷ 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

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

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

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

3.4. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁸, tenemos que:

“a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

³⁸ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

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

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

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

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Tribunal que nos encontramos frente al escenario de un pensionado que fue vencido en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de que factores debían tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, que se presenta después de la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia; en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, esta Colegiatura se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 14 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY