



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 09 de diciembre 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 70001-33-33-003-2018-00229-01
Demandante:	Alfredo José Sierra Choperena
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 demandante, contra la sentencia del 28 de mayo de 2019,

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.

proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: El señor Alfredo José Sierra Choperena, 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° **0899 del 28 de diciembre de 2009⁵**, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se reconozca, reajuste y pague a el señor Alfredo José Sierra Choperena, la pensión vitalicia de jubilación a partir del **28 de agosto de 2009**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

2.2. Hechos relevantes⁶: El señor Alfredo José Sierra Choperena manifiesta que, laboró por más de veinte (20) años como docente oficial, por ello, cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que se le reconociera su pensión de jubilación reconocida por la Nación, Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, según se indicó en la Sentencia del 21 de noviembre de 1996 del C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Señala que, en el reconocimiento de la misma se incluyó la asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación, prima de navidad, prima de navidad, prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta el **sobresueldo por doble y triple jornada** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente, durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

⁴ Fl. 1 a 2 C. Ppal.

⁵ Folio 18 y 19 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

⁶ Fl. 3 C. Ppal.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de julio de 2018⁷, siendo admitida a través de auto calendado 31 de agosto de 2018⁸. El 19 de octubre de 2018,⁹ 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 23 de abril de 2019¹⁰, diligencia en la que se surtieron las etapas procesales de la misma, se prescindió de la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia, quedando el proceso para dictar sentencia.

2.4 Pronunciamiento de la parte demandada:

La entidad demandada, no contestó la demanda.

2.5. Sentencia recurrida¹¹: El Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda. Ello al considerar que a la luz de la regla decisional del Consejo de Estado, contenida en la sentencia del 25 de abril de 2019; no le asiste derecho a que se reliquide la pensión de jubilación de la demandante con inclusión del sobresueldo doble y triple jornada, toda vez que, dicho factor no aparece descrito en la relación taxativa que hace la Ley 62 de 1985, en su artículo 1, razón por la cual carece de fundamento su pretensión en ese sentido.

Expone que el sobresueldo doble y triple jornada implementada mediante el Decreto 700 de 2009, concibió este derecho en el caso que las instituciones educativas ofrecieran más de una jornada, otorgándoles a los rectores un reconocimiento a ese tiempo laborado, mas no indica que constituye un factor que se deba incluir para liquidar la pensión de jubilación.

Finalmente expuso que, la entidad demandada, al excluir el sobresueldo doble y triple, como factor salarial para determinar el IBL de liquidación de la mesada pensional, no actuó por fuera de los lineamientos legales sobre el tema; por ende, se mantiene incólume la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

⁷ Fl. 22 del C. Ppal

⁸ Fl. 24 C. Ppal

⁹ Fl. 76 C. Ppal

¹⁰ Fls. 82 a 84 C. Ppal.

¹¹ Fls. 99 a 105 C. Ppal. – Del 28 de mayo de 2019.

2.6. El recurso de apelación¹²: La parte demandante, sostiene su recurso bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar señala que, al proferirse la Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado, del 26 de Agosto de 2010, expediente No. 150012331000200502159-01, radicación interna No. 1738-2008, teniendo clara tanto la posición del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, como su derecho a reclamar y basado en la confianza legítima en la administración de justicia, alentaron al demandante a acudir a la jurisdicción para que se le reconociese la pensión de jubilación con todos los factores salariales a que tenía derecho.

En concordancia con lo anterior, arguye que el operador judicial, debe observar que el presente proceso fue radicado bajo el precedente establecido con la Sentencia de Unificación del año 2010, y que luego fue reformada por otra y que, en el futuro puede seguir este curso; manifestando que con ello, en el caso presente se evidencia inseguridad jurídica, al haberse cambiado en distintas formas el precedente el Consejo de Estado.

Aborda un análisis jurisprudencial y doctrinal, acudiendo a las sentencias T-284 de 1994, C-250 de 2012 y C-284 de 2015 sobre la seguridad jurídica, para concluir que, no es admisible que el Consejo de Estado haya emitido la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, contrariando el precedente establecido por la Sentencia de Unificación del año 2010, que anteriormente había abarcado el tema y vulnerando con ello los principios de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Señala que, el juez de instancia está en el deber de analizar como regula la ley 91 de 1989 los aportes al Fondo del magisterio, que se hacen para el reconocimiento de las pensiones de los docentes; debido a que resulta evidente que los docentes vinculados al fondo, que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal.

Por último, reprocha que para aplicarse un cambio jurisprudencial como en el presente caso, debe hacerse lo suficientemente argumentado, lo cual a su juicio, no sucedió en el presente caso; aunado al hecho de que el Consejo de Estado ha determinado que se deben aplicar los criterios vigentes a la ocurrencia de los hechos,

¹² Fls. 110 al 116 C. Ppal

respetándose los precedentes y las leyes existentes, máxime cuando la sentencia de unificación del 2019, no deja taxativamente sin efecto a la del 2010, providencia de la cual solicita su aplicación.

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 17 de julio de 2019¹³, 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 30 de agosto de 2019¹⁴, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión:

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

La parte demandada Fiduciaria la Previsora S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, rindió sus alegatos de conclusión de forma extemporánea¹⁵.

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 negó las suplicas de la demanda, basándose en una sentencia de Unificación, que a su juicio no es aplicable al caso concreto, en razón a la exclusión que la misma hace a los funcionarios del magisterio y la expresa exclusión contenida en la ley 100 de 1993.

¹³ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁴ Fl. 9 del C. Alzada

¹⁵ Los términos para presentar alegatos de conclusión iniciaron el 3 de septiembre de 2019 y finalizaron el 17 de septiembre de 2019; recibíéndose escrito por medio magnético el 18 de septiembre de 2019, por ende no serán tenidos en cuenta.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad de la apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Alfredo José Sierra Choperena tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del 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 a la demandante, debido a que el señor Alfredo José Sierra Choperena, fue nombrado como docente en el Departamento de Sucre el 18 de mayo de 1981, según la resolución de reconcomiendo (Fl 18); 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:

***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-S2-2019¹⁶ 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:

¹⁶ 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

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

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

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

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

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

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

tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (negrillas del despacho)

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

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

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

“68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años¹⁷. 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”.

¹⁷ 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%¹⁸ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozando de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		(Decreto 1158 de 1994)

¹⁸ 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”.

3.3. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la **Resolución N° 0899 del 28 de diciembre de 2009**, a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una reliquidación pensional 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 teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status jurídico de pensionado, equivalente al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales¹⁹.

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

- ⇒ El señor Alfredo José Sierra Choperena nació el 28 de agosto de 1954²⁰; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 28 de agosto de 2009.
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente nacionalizado desde el 15 de mayo de 1981²¹, en la Institución Educativa Palo Alto del Municipio de San Onofre lo cual se extrae de la Resolución 0899 del 28 de diciembre de 2009.
- ⇒ El docente, adquirió su status de pensionado el 28 de agosto de 2009²².
- ⇒ Se encuentra acreditado que le fue reconocida y liquidada la pensión al demandante, mediante la Resolución 0899 del 28 de diciembre de 2009, en cuantía de \$2.362.212.00, efectiva a partir del 29 de agosto de 2009²³; para tal fin, se le aplicaron las leyes 6^a de 1945, Ley 33 de 1985, y Ley 91 de 1989.

En el acto de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta como factores salariales, el promedio de asignación (i) básica mensual, (ii) promedio de sobresueldo, (iii) promedio de prima de alimentación, (iv) prima de grado, (v) prima de vacaciones y (vi) prima de navidad²⁴, esto es, la suma de \$2.883.083,00.

Así mismo, se logró demostrar que el señor Alfredo José Sierra Choperena devengó durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status jurídico de pensionado (2008- 2009), los siguientes factores salariales:

Factores salariales	Desde: 01/01/2008 Hasta: 30/12/2008	Desde: 01/01/2009 Hasta: 30/12/2009
Asignación básica (sueldo)	\$1.879.682,00	\$2.304.963,00
Sobresueldo	\$563.904,00	\$691.488,90

¹⁹ Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 2

²⁰ De acuerdo con la fotocopia de la cédula visible a folio 17 del expediente.

²¹ Fecha que se extrae de la resolución demandada, obrante a folios 18 y 19 del expediente.

²² Se toma esta fecha, que es la consignada en la resolución demandada, en tanto no está en discusión la fecha de adquisición del status de pensionado del docente.

²³ fecha en la cual el actor contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad.

²⁴ Ver folio 18 parte inferior.

Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$469.920,50	\$576.240,75
Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$00	\$00
Prima de alimentación	\$23.431,00	\$23.431,00
Prima de transporte	\$00	\$00
Auxilio de movilización	\$00	\$00
Prima de clima	\$00	\$00
Prima de grado	\$150,00	\$150,00
Horas extras	\$00	\$00
Prima de servicios	\$00	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.468.469,00	\$1.509.941,45
Prima de navidad	\$3.059.310,52	\$3.145.711,35
TOTAL \$	\$7.464.868	\$8.251.926

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculado el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante 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 cabalidad, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa que lo pretendido por la parte actora en la presente demanda es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del derecho, que en el presente asunto, lo es la inclusión de la Asignación básica (sueldo), Sobresueldo, , Prima de Alimentación, Prima de Grado, Prima de Navidad, Prima Vacacional docente 1/12, y **sobresueldo por Doble y Triple Jornada.**

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación²⁵ No. 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019²⁶ 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

²⁵ Ver Párrafo 70 de la Sentencia de Unificación

²⁶ 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

*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 en el **último año de servicio anterior a la causación del status** y encuentra esta colegiatura que los factores devengados en ese periodo y sobre los cuales se solicita su inclusión para efectos de la respectiva reliquidación, no coinciden 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 certificación²⁷	Factores reconocidos por la resolución No. 0899 del 28 de diciembre de 2009
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,	x	x
La bonificación por servicios prestados	x	x
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.	x	x
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	Promedio sobresueldo	Sobresueldo
	Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	X
	Prima de alimentación	Prima de alimentación
	Prima de Grado	Prima de Grado

²⁷ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 19 del expediente

	Prima vacacional Docente 1/12	Prima vacacional Docente 1/12
	Prima de Navidad	Prima de Navidad

Como viene de ser expresado en las consideraciones de esta providencia, el señor Alfredo José Sierra Choperena, de acuerdo con los certificados de salarios que reposan en el expediente, devengó además de la asignación básica, la prima de vacaciones, sobresueldo, prima de alimentación, prima de grado y prima de navidad; **y sobresueldo por Doble y Triple Jornada**, elementos que no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y ésta colegiatura en principio 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.

Ahora, si bien el **Sobresueldo por Doble y Triple Jornada**, no aparece relacionado en la taxativa lista contenida en el artículo 1º de la ley 62 de 1985; se tiene que esta prestación para el año 2009 (fecha que coincide con el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado del actor, en el cual devengó dicho factor), estaba regulada por el **Decreto 700 de 2009**, el cual estableció:

“ARTICULO 5º. Reconocimiento adicional por número de jornadas.

Además de los porcentajes dispuestos en el artículo 4º del presente Decreto, el rector que labore en una institución educativa que ofrezca más de una jornada, percibirá un reconocimiento adicional mensual, así:

- a. Rector de institución educativa que ofrece dos jornadas y cuenta con menos de 1.000 estudiantes, 20%.*
- b. Rector de institución educativa que ofrece dos jornadas y cuenta con 1.000 o más estudiantes, 25%.*
- c. Rector de institución educativa que ofrece tres jornadas y cuenta con menos de 1.000 estudiantes, 25%.*
- d. Rector de institución educativa que ofrece tres jornadas y cuenta con 1.000 o más estudiantes, 30%*

ARTICULO 9º. Condiciones de reconocimiento y pago. *El reconocimiento y pago de las asignaciones adicionales de que trata el presente Decreto está sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones:*

- a. El cálculo de cada uno de los porcentajes de las asignaciones adicionales debe realizarse sobre la asignación básica mensual que le corresponda al respectivo docente o directivo docente, según lo señalado en el presente Decreto.*
- b. Para el reconocimiento y pago del porcentaje adicional previsto por la oferta de doble y triple jornada, se requiere que hayan contado previamente a su funcionamiento con la autorización de la correspondiente secretaría de educación de la entidad territorial certificada.*
- c. Las asignaciones adicionales se tendrán en cuenta, además de lo señalado en el Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 de 1994, **para el cálculo del ingreso base de cotización** al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.*
- d. La sola asignación de funciones o encargo sin comisión no da derecho al reconocimiento de las asignaciones adicionales. En el caso de encargo, sólo podrá percibir las siempre y cuando el titular del cargo no los devengue.*
- e. En ningún caso la autoridad nominadora podrá incluir en el acto administrativo de nombramiento de un docente o directivo docente, alguna de las asignaciones adicionales que se determinan en el presente Decreto”.*

De lo anteriormente expuesto, se resalta lo estipulado en cuanto a las condiciones de su reconocimiento y pago establecidas en el artículo 9º de la norma transcrita, especialmente en sus literales **a** y **c**, de los cuales se puede interpretar que dicho elemento constituye factor salarial, como quiera que, el mismo debía calcularse y realizarse “sobre la asignación básica mensual que le corresponda al respectivo docente o directivo docente”, equiparándose a un sobresueldo. Y adicionalmente, la propia norma indica que esas asignaciones adicionales se tendrían en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Cotización al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, permite concluir, a juicio de esta colegiatura, que la nombrada **asignación adicional por Doble y Triple Jornada**, constituye factor salarial para todos los efectos legales, en consecuencia, se revocará la decisión del juez de primera instancia, en cuanto negó la inclusión de este factor para efectos de la reliquidación pensional solicitada.

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-S2-2019²⁸ 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:

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.*

²⁸ 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 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 las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativos que reconoció la pensión del demandante, la petición de restablecimiento **encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores devengado por el actor en su último año de servicios anterior a la adquisición del derecho pensional; se revocará la sentencia apelada que negó lo solicitado;** teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento de que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos detallados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que es vinculante para este Tribunal porque proviene de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación y en razón a que, tal como se estableció en líneas anteriores, se encontró probado que la entidad demandada omitió incluir el elemento de **Sobresueldo por Doble y Triple jornada**, el cual, es considerado factor salarial, especialmente para efectos pensionales ya que expresamente la norma que lo regula estableció que se tendrán en cuenta para el cálculo del IBL, máxime cuando este se devengó dentro del año anterior a la fecha de adquisición del status pensional del demandante, así las cosas, se ordenará la reliquidación pensional con la inclusión del sobresueldo por Doble y Triple Jornada, esto es, en razón a que la pretensión, se dirigió a la reliquidación con base en el último año de servicios anterior a la fecha de causación del derecho.

3.7. Condena en Costas: Teniendo en cuenta que prosperó el recurso de apelación interpuesto y 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: REVOCAR la sentencia adiada 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar, **DECLARESE** la nulidad parcial de la Resolución 0899 del 28 de diciembre de 2009, suscrita por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al docente demandante, conforme a lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho **ORDENESE** al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO**, realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de Jubilación reconocida al demandante, con la inclusión del promedio de sobresueldo por Doble y Triple Jornada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Dichas sumas de dinero serán debidamente indexadas, aplicando para ello la usual fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado, esto es:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que adquirió el estatus pensional y el índice final, corresponde al día en que se produzca el efectivo pago de la reliquidación.

TERCERO: **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.

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 192 y 203 de la ley 1437 de 2011.

QUINTO: 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 No. 184

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY