



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, 08 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 70001-33-33-008-2017-00178-01
Demandante:	Never Del Cristo Contreras Suarez
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.
Procedencia:	Juzgado Octavo 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 septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01
² Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.
³ Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones⁴: El señor, Never Del Cristo Contreras Suarez 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° 0234 de 21 de abril de 2014⁵ expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor del demandante; sin incluir en el IBL pensional la totalidad de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus de pensionado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para que se reliquide, ajuste y pague al señor, Never Del Cristo Contreras Suarez la pensión vitalicia de jubilación a partir del **10 de noviembre de 2013**, actualizando el monto de la misma e incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus.

2.2. Hechos relevantes⁶: El señor Never Del Cristo Contreras Suarez, manifiesta que fue docente oficial al servicio del Departamento de Sucre, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ello, le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución N° 0234 de 21 de abril de 2014, en un monto de \$1.796.762.00.

Señala que la normatividad aplicable a la pensión, reside en el Decreto 1848 de 1969, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.

Así mismo, aduce que existen errores en la obtención del monto de la pensión reconocida, como quiera que no se incluyeron la totalidad de los factores salariales que aparecen en el certificado de salarios expedidos y que se aporta en el proceso.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 14 de julio de 2017⁷, siendo

⁴ Fl. 1 a 2 C. Ppal.

⁵ Folio 13-14 del Cuaderno Principal, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

⁶ Fl. 2 a 3 C. Ppal.

⁷ Fl. 16 del C. Ppal

admitida a través de auto calendado 21 de febrero de 2018⁸. El 02 de mayo de 2018⁹, fue notificada mediante correo electrónico tanto a las partes como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la audiencia inicial se celebró el 21 de septiembre de 2018¹⁰, se surtieron las etapas procesales 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 no presentó contestación alguna.

2.5. Sentencia recurrida¹¹: El Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante, como quiera que la parte actora no acreditó que en la liquidación de su pensión de jubilación no le hayan tenido en cuenta factores salariales sobre los que realizó aportes.

Como sustento de su decisión, señaló el régimen pensional aplicable al demandante es el anterior a la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, el contenido de las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, como quiera que su vinculación fue anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Adicionalmente, señala que la Ley 62 de 1985, modificatoria de la Ley 33 de 1985, en su artículo 1 consagra la base para la liquidación de aportes para la caja de previsión de los empleados oficiales, el cual no coincide con la inclusión de la prima de navidad solicitado por el actor. Así las cosas, como motivación jurisprudencial cita la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018, radicado con el N° 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Por lo anterior y con base en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018; específicamente utilizando la segunda sub-regla de dicha providencia, afirma que no le asiste derecho al demandante a que se liquide su pensión de jubilación con la inclusión de la prima de navidad, pues si bien demostró que la devengó en el año anterior a la adquisición de estatus de pensionado, lo cierto es que no acreditó que sobre la misma haya realizado aportes o cotizaciones.

⁸ Fl. 17-18 C. Ppal

⁹ Fl. 22 C. Ppal

¹⁰ Fls. 34 al 37 C. Ppal.

¹¹ Fls. 38 a 43 C. Ppal.

2.6. El recurso de apelación¹²: El recurso de alzada se sustenta en que hubo un desconocimiento total de la tesis que ha planteado el H. Consejo de Estado, en la sentencia del 15 de febrero de 2007, C.P. Jaime Moreno García, expediente 3110-05 y en la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, de la misma corporación, en la que de manera clara adoptó el criterio de que los factores salariales son aquellos percibidos por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, ya que la Ley 33 de 1985, no indica la taxatividad de los factores que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismo están simplemente enunciados.

Así mismo, aduce que la decisión del *A quo* resulta contraria a la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, toda vez que dicha jurisprudencia fijó las reglas sobre el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar las pensiones de los trabajadores beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, *y del que fueron exceptuados de forma taxativa los docentes, en virtud del artículo 279 de norma ibídem.*

2.7. Actuación en segunda instancia: A través de auto del 17 de junio de 2019¹³, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 08 de julio 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 FIDUPREVISORA S.A. en calidad de Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo- FOMAG¹⁵: expresa que dada la fecha de vinculación del accionante le es aplicable el inciso segundo, numeral 1 de artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Sustenta sus alegatos en las sentencias del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, C. P. Dr. Cesar Palomino Cortés y del 25 de abril de 2019, con numero interno 0935-2017.

¹² Fls. 47 al 51 C. Ppal

¹³ Fl. 4 del C. Alzada

¹⁴ Fl. 9 del C. Alzada

¹⁵ Fls. 14-30 del C. Alzada.

Así las cosas, en el presente asunto no es viable el pedido del accionante, toda vez que las anteriores providencias establecieron como regla general que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

La parte **demandada**: se abstuvo de presentar sus alegatos de conclusión.

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, según la ley aplicable al caso, se debe reconocer al demandante la reliquidación de la pensión de jubilación conforme a las previsiones contempladas en la Ley y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, más exactamente, el precedente judicial de las sentencias del 04 de agosto de 2010 y la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018.

3.1. Problema Jurídico: Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad del apelante el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el señor Never Del Cristo Contreras Suarez tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al status.

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

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

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

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

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

2.- Pensiones:

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

- A.** *Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. **Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.***

B.

Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

"Artículo 18º.- Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido

nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

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

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

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

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

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

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes

aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”.

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, el parágrafo 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 el señor Never Del Cristo Contreras Suarez fue nombrado como docente en la Institución Educativa San Roque, en el municipio de Galeras desde el 01 de octubre de 1993¹⁶, 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.*

¹⁶ De acuerdo con el acto de reconocimiento pensional.

“(…) 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, 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.

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-S2-2019¹⁷ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015-569-01

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

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

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

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

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

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a

periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

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

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

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

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

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

en 57 años¹⁸. 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 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	
- Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 - Ley 33 de 1985 - Ley 62 de 1985		- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 - Ley 100 de 1993 - Ley 797 de 2003 - Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
✓ 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%¹⁹ (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)	- asignación básica - gastos de representación - primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación - dominicales y feriados - horas extras - bonificación por servicios prestados	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)	- asignación básica mensual - gastos de representación - prima técnica, cuando sea factor de salario - primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando

¹⁸ 4 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.

¹⁹ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	▪ 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.		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:*

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

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

En otra arista, antes de resolver el caso concreto es menester señalar que la parte demandante en el recurso de apelación solicita que atener el precedente judicial de la sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, radicada bajo en No. 66001-33-33-004-2014-00736-01, con ponencia del Consejero Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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

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

(...)

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

De lo anterior se colige que cuando se trata de apelante único, le está vedado al Juez pronunciarse sobre aquellas situaciones que no le fueron plateadas en el recurso, debido a que se entiende que el apelante solo impugna la providencia en lo que le sea desfavorable, y su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el recurrente²⁰.

No obstante, el Consejo de Estado ha expresado en reiterados pronunciamientos que este derecho no es absoluto, y que existen algunas excepciones ya que de manera excepcionalísima, el superior cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no haya sido objeto del recurso de apelación²¹.

3.3. El caso concreto: En el caso bajo estudio, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 0234 de 21 de abril de 2014 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 una docente

²⁰ Sentencia T – 455 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C. P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155); así mismo en sentencia de la Sección Segunda Subsección B. C. P: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01250-01(AC); Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264).

Nacional y frente al cual, se estableció en su parte resolutive (artículo quinto) 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 todos factores salariales a que por ley tiene derecho devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del derecho pensional²².

El A quo negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con Ley 812 de 2003, la Ley 62 de 1985, la Ley 33 de 1985 y la sentencia del 28 de agosto de 2018, al considerar que los factores salariales que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del actor son aquellos sobre los que haya realizado aportes o cotización, lo cual no probó.

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

- ⇒ El señor Never Del Cristo Contreras Suarez nació el 10 de noviembre de 2013²³; en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 10 de noviembre de 2013.
- ⇒ El demandante, empezó a trabajar como docente el 01 de octubre de 1993²⁴
- ⇒ Según la Resolución N° 0234 de 21 de abril de 2014, adquirió su status²⁵ de pensionado el 10 de noviembre de 2013, ya que a la fecha contaba con de 20 años de servicio²⁶.
- ⇒ Prestó sus servicios, como docente con vinculación Nacional²⁷, lo cual se desprende del Formato Único para expedición de Certificado de Salarios.

Afirma el actor, que le fue reconocido su derecho pensional de jubilación mediante Resolución N° 0234 de 21 de abril de 2014, en cuantía de \$1.796.762,00 efectiva a partir del 11 de noviembre de 2013 para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 33 de 1985, la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003; es decir, el 75% del promedio salarial mensual devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, tal como lo señala la mencionada resolución del reconocimiento

²² Así lo solicita en las pretensiones de la demanda en el ítem de restablecimiento del derecho visible a folio 1 - 2

²³ De acuerdo con el acto de reconocimiento pensional visible a folios 13 -14 del expediente.

²⁴ De conformidad con la resolución N°. 0234 de 21 de abril de 2014 visible a folios 13 -14 del expediente.

²⁵ 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.

²⁶ Tal afirmación se desprende del acto de reconocimiento pensional.

²⁷ Tal como lo señala el formato único para expedición de certificado de salarios folio 20 y de la Resolución N°. 0234 de 21 de abril de 2014.

pensional²⁸ y al momento de su expedición contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad.

La pensión le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de **la asignación básica y la prima de vacaciones.**²⁹ **La mesada pensional**; esto es, la suma de \$1.796.762,00 pesos corresponde al 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio anterior al status.

Así mismo, se logró demostrar que el señor Never Del Cristo Contreras Suarez prestó sus servicios de manera continua desde el 01 de octubre de 1993³⁰ y devengó durante el último año de servicios 2012– 2013 anterior a la fecha de adquisición del status de pensionada los siguientes factores salariales³¹:

Factores salariales	Desde: 01/01/2012 Hasta: 30/12/2012	Desde: 01/01/2013 Hasta: 30/12/2013
Asignación básica (sueldo)	\$2.236.261.00	\$2.313.189.00
Sobresueldo	\$00	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00	\$00
Bonf. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$00	\$00
Prima de alimentación	\$00	\$00
Prima de transporte	\$00	\$00
Auxilio de movilización	\$00	\$00
Prima de clima	\$00	\$00
Prima de grado	\$00	\$00
Horas extras	\$00	\$00
Prima de servicios	\$00	\$00
Prima vacacional docente 1/12	\$1.118.130.50	\$1.156.594.50
Prima de navidad	\$2.329.438.54	\$2.409.571.88
TOTAL \$	\$5.683.830	\$5.879.355

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 actor es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales el actor cumplió a cabalidad³², 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.

²⁸ Fol. 13 a 14 C. No. Ppal.
²⁹ Ver folio 13 parte inferior
³⁰ Tal como se desprende del acto de reconocimiento pensional. Vale a notar que se toma la fecha ahí consignada, en tanto, no se discute en este proceso el derecho al reconocimiento pensional.
³¹ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 15 del expediente
³² A la fecha del reconocimiento pensional del señor Contreras Suarez contaba con 20 años de servicio.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido por el actor 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 prima de navidad**.

Sobre este particular acota la Sala que en principio, se desprende tanto del cuadro comparativo que figura en la sentencia de unificación³³ N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019³⁴ como del párrafo 48 de la misma, que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, tienen derecho a la pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente es así como señala:

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

En este caso en concreto, la pretensión se refiere a la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales a que tiene derecho con relación al último año de servicio anterior a la causación de su status y encuentra esta colegiatura que los factores devengados en ese periodo y sobre los cuales se solicita su inclusión para efectos de 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 certificación ³⁵	Factores reconocidos por la resolución No. 0234 de 21 de abril de 2014
La asignación básica mensual;	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.		

³³ Ver Párrafo 70

³⁴ 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

³⁵ De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 15 del expediente

Dominicales y feriados;		
Horas extras,		
La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.		
	Prima vacacional docente 1/12	Prima vacacional docente 1/12
	Prima de navidad	

Con respecto a la creación de la **prima de navidad para los docentes**³⁶, no hay norma expresa; en consecuencia, se aplican: los decretos 3135/1968, adicionado por el decreto ley 3148 de 1968 y especialmente los artículos 5°, 22 y 33 del Decreto Ley 1045/1978, **que la definen como una prestación social**; por ello, tampoco es posible considerarla como un factor salarial a tener en cuenta en la reliquidación pensional docente, y así se indicará en la parte resolutive de este fallo, al revocar la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Como viene de ser expresado en las consideraciones de esta providencia, el señor Contreras Suarez, de acuerdo con los certificados de salarios que reposan en el expediente, devengó además de la asignación básica y la prima vacacional, otros factores, incluida la **prima de navidad**, elemento que no se encuentra enlistado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y esta 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.

36 “**PARÁGRAFO 2. Del Artículo 15 de la ley 91 de 1989.** 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.”

Bajo las anteriores premisas y 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 el accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, **sin incluir ningún factor que no se encuentre enlistados en el mencionado artículo**, de tal suerte que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión con los factores devengados en el último año de servicio anterior a la consolidación de su status tal como lo solicita la parte actora, puesto que con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, **solo se deberán tener en cuenta los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes** de acuerdo con el artículo ibídem; de ahí que, con respecto al objeto de debate el reconocimiento pensional solo deba incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación del demandante la asignación básica mensual como factor salarial, tal como lo efectuó el Fondo al momento del reconocimiento pensional.

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 al status; se confirmará la sentencia apelada que negó lo solicitado bajo las anteriores consideraciones, es decir**, 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 2018³⁷, 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.

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

³⁷ 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)

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 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 28 de septiembre de 2018 de acuerdo 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°. 160.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY