



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**  
Sincelejo, 31 de enero de dos mil veinte (2020)

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-006-2015-00065-01
Demandante:	<b>Adalgiza Leonor Paternina Oliva</b>
Demandado:	<b>Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.</b>
Procedencia:	Juzgado Sexto 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 2019<sup>1</sup>, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley<sup>2</sup> y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho<sup>3</sup>.

Anunciado lo anterior, procede el despacho a desatar, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 21 de febrero del 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

<sup>1</sup> 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

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

<sup>3</sup> Artículo 18 Ley 446 de 1998.

2015<sup>9</sup>, 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 febrero de 2019<sup>10</sup>, 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**

**2.4.1 La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG<sup>11</sup>:** Contestó la demanda, manifestando en cuanto a los hechos que el 1, 2, 3 y 4 son ciertos; sobre el 5 que no es cierto y de los restantes afirmó que no corresponden a hechos si no a afirmaciones del demandante.

En cuanto a las pretensiones, manifiesta que se oponen a cada una de ellas, aduciendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Propone como excepciones en la contestación de la demanda, (i) la de ineptitud de la demanda, (ii) no agotamiento de la vía gubernativa, (iii) la inexistencia de la obligación; (iv) cobro de lo no debido; prescripción; (v) falta de legitimidad en la causa por pasiva; (vi) compensación y la (vii) excepción genérica o innominada.

Como fundamentos de derecho arguye que, la entidad actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

---

<sup>9</sup> Fl. 56 C. Ppal

<sup>10</sup> Fls. 96 a 98 C. Ppal.

<sup>11</sup> Fls. 64 a 78 C. Ppal

presente (calculo actuarial) del pago que debe realizar el docente, por los factores sobre los cuales nunca se cotizó durante la relación laboral, teniendo en cuenta el precedente del Consejo de Estado que en sentencia del 19 de febrero de 2015 N° Interno: 2328-2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en un proceso contra el FOMAG.

**2.5. Sentencia recurrida<sup>12</sup>:** La Juez de instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien el Consejo de Estado ha tomado distintas posturas acerca de cuáles factores deben incluirse en el IBL para calcular la pensión de los docentes; lo cierto es que al proferirse la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, cesó el efecto jurídico unificador de la Sentencia del 04 de agosto de 2010 que se venía aplicando y que manejaba un concepto diferente sobre la interpretación del IBL consagrada en el artículo 3 de la ley 33 de 1985.

En ese entendido, para el juzgado; el concepto de salario utilizado por el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, debe entenderse como el integrado por los factores del artículo 3 de la ley 33 de 1985, es decir, sobre los cuales se hayan realizado aportes.

Expone que, el criterio interpretativo esbozado en la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 traspasó la voluntad del legislador, al considerar que debían incluirse todos los factores devengados por el trabajador para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; por ello manifiesta que comparte la postura del Consejo de Estado sentada en la Sentencia del 28 de agosto de 2018, ya que sólo es posible que se liquide la pensión de jubilación de los docentes teniendo en cuenta aquellos factores sobre los cuales haya realizado aportes, con el fin de que no se vean afectadas las finanzas del sistema, ni la garantía por parte del Estado del derecho irrenunciable a la pensión.

Finamente afirmó que, a la demandante no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de alimentación y la prima de antigüedad devengados por ella en el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, puesto que no realizó aportes sobre dichos factores.

## **2.6. El recurso de apelación**

---

<sup>12</sup> Fls. 108 a 116 C. Ppal. - Del 21 de febrero de 2019

puede ser cumplido en diferente grado y que cohabita con otros principios; los cuales deben ser incorporados a la construcción de las decisiones judiciales, por lo que de haber una restricción particular que es irracional, debe tener en cuenta varios principios y directrices que le permitan establecer una decisión razonable y proporcional al caso concreto.

En ese sentido argumenta que, de los docentes afiliados al FOMAG beneficiarios del régimen de transición previsto en la ley 812 de 2003, no puede predicarse el principio de solidaridad en absoluto como el deber que tienen de financiar las pensiones del resto, pues si así lo hubiese querido el legislador, no habría mantenido las excepciones al régimen general y la existencia de un fondo especial.

Explica que el artículo 115 de la ley 115 de 1994, dispone que el régimen prestacional de los docentes oficiales, es el establecido en la ley 91 de 1989; por su parte la ley 100 de 1993 en su artículo 279, consagró las excepciones al sistema de Seguridad Social, preceptuando la exclusión de los docentes afiliados al FOMAG.

Hace referencia a un pronunciamiento del Consejo de Estado, C.P. Rocío Araujo Oñate, a través de sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela con radicado N° 11001-032-15-000-2018-03012-00, con la cual a su criterio, se aclaran ciertas dudas sobre si los docentes deberían o no ser liquidados con la totalidad de los factores salariales y se deja claro que la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 va dirigida a los servidores públicos beneficiario del régimen de transición, mas no a los docentes y la acción de tutela proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 31 de octubre de 2018 y radicada bajo el N° 11001-03-15-000-2018-02306-00, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

**2.7. Actuación en segunda instancia:** A través de auto del 17 de julio de 2019<sup>14</sup>, 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 2019<sup>15</sup> 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.

---

<sup>14</sup> Fl. 4 del C. Alzada

<sup>15</sup> Fl. 9 del C. Alzada

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 registrarán 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 en un 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

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:

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

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

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

- La primera, por cuanto este es aplicable a aquellos servidores que pertenezcan al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y
- En segundo lugar, debido a que fue la misma Ley en su artículo 279, la que excluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social de la precitada ley 100.

**3.3. Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado.** La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación N° 0935-17SUJ-014-CE-S2-2019<sup>17</sup> 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.

---

<sup>17</sup> 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

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

	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ horas extras</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio</li> </ul> <p><b>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</b></p>	<p><b>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</li> <li>▪ remuneración por trabajo dominical o festivo</li> <li>▪ bonificación por servicios prestados</li> <li>▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna</li> </ul>
	<p>De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>		<p><b>(Decreto 1158 de 1994)</b></p>

**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**

Se encuentra acreditado que le fue reconocido y liquidado a la actora su derecho pensional de jubilación, en cuantía de \$694.225,00 efectiva a partir del 01 de diciembre de 2006, para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 238 de 2003, 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 al status, tal como lo señala la mencionada resolución del reliquidación pensional<sup>25</sup>.

La pensión le fue reconocida teniendo como factor salarial el promedio de asignación básica<sup>26</sup>, esto es, la suma de \$694.225,00 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 la señora Adalgiza Leonor Paternina Oliva prestó sus servicios de manera continua desde el 16 de noviembre de 1977<sup>27</sup> y devengó durante el último año de servicios anterior al status (2005-2006), los siguientes factores salariales<sup>28</sup>:

<b>Factores salariales</b>	<b>Desde: 01/01/2005 Hasta: 31/12/2005</b>	<b>Desde: 01/01/2006 Hasta: 31/12/2006</b>
Asignación básica (sueldo)	\$888.759,00	\$933.197,00
Sobresueldo	\$00	\$00
Sobresueldo por Doble y Triple Jornada	\$00	\$00
Bonif. Mensual Dec.1566 1 junio/14	\$00	\$00
Prima de antigüedad	\$888.759,00	\$933.197,00
Prima de alimentación	\$32.363,00	\$33.982,00
Prima de transporte	\$00	\$00
Prima semestral	\$888.759,00	\$933.197,00
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	\$325.878,00	\$483.590,00
Prima de navidad	\$562.881,00	\$1.007.478,50
<b>TOTAL \$</b>	<b>\$3.587.399</b>	<b>\$4.324.641</b>

De acuerdo con lo expuesto y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculada la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la actora es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios

<sup>25</sup> Fls. 20-23 C. Ppal.

<sup>26</sup> Ver folio 21 parte superior.

<sup>27</sup> Tal como se desprende del formato único para la expedición de certificados de historia laboral obrante a folio 24 del expediente.

<sup>28</sup> De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 23 del expediente.

<b>Ley 62 de 1984</b>	<b>Factores salariales efectivamente devengados según certificación*</b>	<b>Factores reconocidos por la resolución No. 0211 del 20 de marzo de 2007</b>
<b>La asignación básica mensual;</b>	Asignación básica (sueldo)	Asignación básica
Los gastos de representación;		
Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.	<b>Prima de antigüedad*</b>	X
Dominicales y feriados;		
Horas extras,		
La bonificación por servicios prestados		
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio.		
	<b>Prima semestral</b>	X
	<b>Prima vacacional Docente 1/12</b>	X
	<b>Prima de Navidad</b>	X

En relación a la **Prima de antigüedad\***, devengada por la accionante en los años 2005 y 2006 (anterior al status), en principio se podría inferir que sólo por el hecho de figurar en el listado taxativo consagrado en el artículo 1º de la ley 62 de 1984, es menester incluir tal emolumento como factor salarial para calcular el IBL de la pensión de que goza la docente; sin embargo, como ya lo ha determinado este Tribunal a través de providencias del mes de diciembre de 2019, en las que se asumió una posición definitiva al respecto<sup>33</sup>; el elemento denominado prima de antigüedad, de que trata el inciso 4º del artículo 3º del Decreto 540 de 1977<sup>34</sup> y los artículos 49<sup>35</sup>

<sup>32</sup> De conformidad con el formato único para la expedición de salarios ubicado en el folio 23 del expediente

<sup>33</sup> Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, con ponencia del M. Dr. Eduardo Javier Torralvo Negrete, mediante sentencia proferida el mes de Diciembre de 2019, dentro del proceso con Radicación N° 70-001-33-33-007-2017-00210-01 y sentencia del 16 de Diciembre de 2019 de la Sala Primera de Decisión Oral, con ponencia del M. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty, dentro del proceso con radicación N° 70-001-33-33-008-2017-00301-01.

<sup>34</sup> Por el cual se fija la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional y se dictan otras disposiciones,

<sup>35</sup> **“ARTICULO 49. De los incrementos de salario por antigüedad.** Las personas que a la fecha de expedición de este Decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a o 4a columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la

organismos mencionados y que venían vinculados con anterioridad al 07 de junio de 1978, sin que entre ellos se encuentren los docentes.

También debe resaltarse que, en el Departamento de Sucre se expidió el Decreto N° 208 del 05 de marzo de 1981, por el cual se creó una prima de antigüedad para el personal vinculado a la Gobernación de Sucre, dicha norma fue declarada nula por este Tribunal mediante Sentencia del 25 de septiembre de 2013<sup>39</sup>.

Bajo el anterior contexto, es que la Sala concluye que, en realidad, la prima de antigüedad devengada por la actora en los años 2005 y 2006, no guarda identidad con aquella consignada y regulada en el Decreto 540 de 1977 y el Decreto Ley 1042 de 1978, al estar excluidos los docentes de dichas disposiciones, que son propias de los empleados vinculados a la Rama Ejecutiva del nivel nacional.

Asimismo, se podría plantear la hipótesis que el hecho de que el demandante y el resto de los docentes que presten sus servicios en el Departamento de Sucre, pudiesen eventualmente percibir la prima de antigüedad, se debía al Decreto N° 208 del 05 de marzo de 1981 y no al Decreto Ley 1042 de 1978; escenario en el cual tampoco habría lugar a incluirla como factor a tener en cuenta para liquidar la pensión de la actora, en razón a la declaratoria de nulidad de dicha norma por parte de este Tribunal.

Teniendo en cuenta lo desarrollado en la línea argumental que viene de ser expuesta, no es procedente incluir en el IBL para calcular el valor de la mesada pensional de la demandante, la prima de antigüedad por el sólo hecho de encontrarse enlistada en dicha norma sin ahondar en su verdadera naturaleza jurídica, pues como ya se expuso, los docentes están excluidos de percibir tal emolumento en los términos del Decreto Ley 1042 de 1978.

Por todo lo anterior, se determina que la demandante no tiene derecho a que en su base pensional sea incluida la prima de antigüedad y por ello, no hay vocación de prosperidad su pretensión en ese sentido.

Así que, aclarado ese punto, se encuentra que ninguno de los otros elementos devengados por la demandante se encuentran en el listado taxativo que fijó la sentencia de unificación específica para los docentes, identificada con el N° 0935-

---

<sup>39</sup> Sentencia de radicación N° 70-001-23-31-000-2012-00150-00 M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty

**3.4. Condena en costas:** Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018<sup>40</sup>, 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 una pensionada que fue vencida 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

<sup>40</sup> 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)