Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-003-2016-00218-01**
Demandante	**JAVIER BLANCO VILLALVA**
Demandado	**NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DISTRITO DE CARTAGENA.**
Tema	*Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.- Revoca.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002[1] del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 01 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA[2]

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JAVIER BLANCO VILLALBA instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DISTRITO DE CARTAGENA., para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1]Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.
[2] Folio 1- 11 cdno 1

3.1.1. Pretensiones[3].

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015, por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio al cumplimiento de status pensionado.

2. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1136 del 04 de marzo de 2016, a través de la cual, negó el reajuste de la Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015 en lo que tiene que ver con dicha determinación por cuanto no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento de status pensionado.

3. Declarar que el actor tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca pensión de jubilación a partir del 29 de marzo de 2014, equivalente al 75% del promedio del último año anterior al momento en que adquirió el status de pensionado.

4. Condenar a la entidad accionada a que reconozca a partir del 29 de marzo de 2014, equivalente al 75% del promedio del último año anterior al momento en que adquirió el status de pensionado.

5. Condenar a la entidad demandada a los reajustes correspondientes.

6. Condenar a la entidad demandada a que efectué el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina de la pensionada.

7. Condenar a la entidad demandada a que realice los ajustes de valor tomando como base el IPC, y el pago de interés moratorios.

8. Condenar a la entidad demandada al pago de intereses moratorios

9. Condenar en costas a la entidad accionada.

[3] Fols. 2-3 Cdno 1.

3.1.2. Hechos[4].

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor Javier Blanco Villalva, laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.

Afirma el demandante que le fue reconocida la misma a través de Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015, incluyendo la asignación básica y prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad y demás factores salariales devengados durante el año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionado.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 91 de 1989
- Decreto 1045 de 1978

Afirma que en el acto administrativo demandado se aplicó de manera indebida la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, al no incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios por el demandante.

Que conforme la jurisprudencia del órgano de cierre es evidente la actual vulneración de derechos, que el no reconocimiento de todos los factores salariales para fijar la suma correspondiente a la mesada pensional ha ocasionado un perjuicio económico en su patrimonio, pues su ingreso por tal concepto resulta inferior al que debería estar recibiendo.

Indicó que la inclusión de los factores salariales en la pensión de jubilación reclamada por el actor se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la

[4] Fols. 3-4 Cdno 1

mesada pensional de todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación de servicio.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO[5]:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión del actor gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

Afirma que la pretensión del demandante no se encuentra ajustada a derecho puesto que, no es viable conforme a la ley el reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez el demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente.

Como excepciones propone la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación por pasiva, compensación y la excepción genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[6]

Por medio de providencia del 01 de noviembre de 2017, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda.

---

[5] Fols. 38-52 Cdno 1.
[6] Fols. 108-114 Cdno 1.

Al respecto sostuvo que le asiste razón al demandante a que se reliquide su pensión de jubilación en virtud a que si bien se le reconoció el derecho pensional, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena en representación de la Nación- Ministerio de Educación Nacional, lo hizo sin tener en cuenta la totalidad d ellos factores devengados por el demandante en su año previo a la adquisición del status, no siéndole aplicable, lo preceptuado en el Decreto 3752 de 2003 sino lo consagrado en la Ley 812 de 2003 normatividad en la cual se estableció que, el régimen prestacional de los docentes nacionalizados seria el establecido en las normas vigentes con anterioridad a la entrada en rigor de la aludida en el presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos, y deberes consagrados por la Carta Política en materia laboral, es válido que se le incluya en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional todos los factores efectivamente devengados durante el último año de servicio.

Como jurisprudencia para respaldar su decisión trajo a colación la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, por lo que ordenó declarar la nulidad de las resoluciones e incluir la prima de navidad y prima de servicios como factores salariales de su pensión de jubilación.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN[7]

Por medio de escrito del 12 de diciembre de 2017 la demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que no se ajusta a derecho toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante; toda vez que no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Indica que el régimen salarial y prestacional es diferente al de los empleados públicos del orden nacional, por lo que mediante el Decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del Estado en virtud de la Ley 62 de 1985 y Decreto 2767.

Finaliza indicando que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, que se les han llamado de manera

[7] Fols. 117-128 Cdno 1.

equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario.

Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar de denieguen las pretensiones de la demanda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 08 de marzo de 2018[8], por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 16 de agosto de 2018[9]; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 8 de abril de 2019[10], este último fue objeto de recurso por parte del Ministerio Público, y resuelto mediante providencia del 11 de julio de 2019 reponiendo la decisión[11].

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante[12]: La parte accionante presentó escrito de alegatos el 25 de abril de 2019, ratificándose en los hechos y pretensiones de la demanda.

3.6.2. Fiduprevisora[13]: Presentó su escrito, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, por no existir prueba de los aportes realizados sobre los factores solicitados.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

[8] Fol. 2 Cdno 2
[9] Fol. 4 Cdno 2
[10] Fol. 34 Cdno 2.
[11] Fols. 45 cdno 1
[12] Fols. 40-42 cdno 2
[13] Fols. 48-52 Cdno 2.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

> *¿Tiene derecho el señor JAVIER BLANCO VILLALBA en su condición de docente pensionado con la Ley 33 de 1985, a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?*

5.3. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, toda vez que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de la adquisición del estatus, como quiera que, el precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, determinó que, a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, solo deben reconocérsele los factores señalados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG[14].

[14] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, "*no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición*".

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica[15].

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

5.4.2. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

El Acto Legislativo 01 de 2005 "*Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*" en el Parágrafo transitorio 1°, dispuso lo siguiente:

> "*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*

[15] *Ibídem*.

Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003". (Subrayado fuera del texto)

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

"I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 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.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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."

5.4.3. Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.
En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. 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:

(…) 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 (…)

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, por tanto, el régimen pensional aplicable a 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, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° señala:

> *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 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.

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado[16] los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificatorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

> *"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.*
>
> *50. El artículo 1° de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

[16] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado[17], acogió 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 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

> *"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 1° de la Ley 62 de1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo."*
> (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes[18] vinculados a partir de 1° de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- El demandante nació el 15 de septiembre de 1957[19].
- Se encuentra probado que la actora, prestó sus servicios como docente nacional desde el 10 de abril de 1989[20], y obtuvo el status pensional el 28 de marzo de 2014, fecha en la que cumplió 25 años de servicio[21].

[17] Ibídem.
[18] Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.
[19] Doc 129 expediente administrativo
[20] Fol. 19 cdno 1
[21] Fol. 18-20 cdno 1

- Mediante Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015, se le reconoció pensión de jubilación a partir del 29 de marzo de 2014[22].

- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 27 de marzo de 2013 y el 27 de marzo de 2014, y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica, y la prima de vacaciones[23].

- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones[24].

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine el acto enjuiciado es Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015, por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación, y la Resolución No. 1136 del 04 de marzo de 2016, a través de la cual, negó el reajuste de la Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor Javier Blanco Villalba, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 0959 del 10 de febrero de 2015, en calidad de docente nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra que el último año de servicio anterior al status de pensionado del actor fue el que transcurrió entre el año 2013-2014.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación del señor Javier Blanco Villalba al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 10 de abril de 1989.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señala la juez de primera instancia, tesis sostenida en

[22] Fols. *ibidem*
[23] Fol. *ibidem*
[24] Fol. 23 cdno 1.

la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, al determinar que 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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al actor, las reglas fijadas en la sentencia citada señalan los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y sobre los cuales se hubieran efectuado los correspondientes aportes, a saber:

- 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

Como se muestra de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; en el caso particular del demandante, solo podía incluírsele en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica puesto que, de acuerdo al certificado aportado a folio 23, el factor relacionado allí (prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad), no hacen parte de la Ley 33 de 1985; sin embargo en el acto de reconocimiento le fue incluida la prima de vacaciones, como quiera que esto no es el objeto de la impugnación, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno, al tratarse de apelante único.

En el presente caso, el demandante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre la prima de navidad y la prima de servicios solicitada; factores que, además, no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62/1985, por medio de la cual se modificó la Ley 33/1985, como parte del ingreso base de cotización. Por ello, atinó la entidad demandada al no incluirlo en el IBL.

Por tanto, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores **devengados** en el último año de servicio, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como fue solicitado en la demanda.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será revocada por no encontrarse conforme a las reglas previstas por la jurisprudencia, y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 042 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN