



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

SALA DE DECISIÓN ORAL N° 1

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN:	50 001 33 33 002 2018 00195 01
1ª INSTANCIA:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE VILLAVICENCIO
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RAMIRO SALGUERO TORRES
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG

Revisado el proceso de la referencia, encuentra la sala que no ha ocurrido causal de nulidad que invalide la actuación procesal surtida, razón por la cual procede a decidir el RECURSO DE APELACIÓN, formulado por la parte actora, contra la sentencia del 19 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Villavicencio, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA:

Ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA., concurre RAMIRO SALGUERO TORRES, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG, para obtener la nulidad parcial del siguiente acto administrativo:

- **Resolución N° 1500.56.03/853 del 3 de abril de 2017**, suscrita por el secretario de educación del Departamento del Meta, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago a su favor de la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación, en lo que respecta al monto de la pensión reconocida y la base salarial de la misma.

Como restablecimiento del derecho pide condenar a la entidad demandada a reliquidar la pensión ordinaria de jubilación de la parte actora, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del cargo docente.

Así mismo, pide que se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud del acto acusado que reconoció y reliquidó la pensión de jubilación.

Además, solicita el pago de intereses de mora, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA y la condena en costas.

El sustento fáctico, lo narra informando que prestó sus servicios como docente nacional durante más de veinte años, y por tal razón, el FOMAG reconoció la pensión de jubilación; no obstante, señaló que en esta no se tuvo en cuenta todos los factores devengados, por ejemplo, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y horas extras entre otros.

En el acápite de normas violadas señala como vulneradas las siguientes:

- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 1 de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, artículo 9 de la Ley 71 de 1988.
- Decreto 1045 de 1978 y artículo 10 del Decreto 1060 de 1989.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La apoderada de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contestó oportunamente¹ la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, indicando que según el ordenamiento jurídico, no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales que se reclaman, pues no se tuvieron como base para efectuar los aportes a pensión como se indica en el Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, propone como excepciones, *inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, falta de integración del litis consorcio necesario* (resuelta en audiencia inicial) y *la prescripción* (se resolvió en el fallo como se expone a continuación).

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Villavicencio, en sentencia del 19 de noviembre de 2018 (fls. 138-143), negó las pretensiones de la demanda, sin condena en costas.

Para lo cual, sostuvo que dado que el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018, unificó su postura frente a los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las mesadas pensionales de los servidores públicos cobijados por la Ley 33 de 1985, siendo solo los allí descritos, la cual fue acogida por este Tribunal, también decidió aplicarla a ese caso particular.

¹ Folios 94-98 cuaderno de primera instancia.

Así las cosas, concluyó que la prima de servicios reclamada en la demanda no estaba enlistada en el artículo 3 ibídem, razón por la cual no se podía ordenar su inclusión en la liquidación de la pensión y frente a las horas extras explicó que no había prueba que se hubiera devengado en el último año de servicio.

4. RECURSO DE APELACIÓN:

Encontrándose dentro del término de ley, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación² contra la providencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Villavicencio, manifestando que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, acogida por la primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, no cobija a los docentes, por cuanto la misma se dio para quienes se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 de la que están excluidos por virtud del artículo 279.

Como sustento trajo a colación las sentencias proferidas por el Consejo de Estado del 27 de septiembre de 2018 y 4 de octubre de 2018, concluyendo que el régimen aplicable a los docentes es el contenido en la Ley 91 de 1989 y por ende, la mencionada unificación no constituye precedente en estos asuntos. Además, como quiera que el proceso inició antes de proferirse esa decisión la misma no puede ser aplicada al caso, pues la restrospectividad se predica del momento en que se consolidó el derecho a la pensión y no del que el juez profiere el fallo.

Así mismo, resalta que el hecho de no haber efectuado aportes a pensión puede subsanarse, ordenando los descuentos correspondientes.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto de fecha 7 de febrero de 2019, se admitió el recurso de apelación (fol. 4, Cuaderno 2º Instancia).

El 28 de febrero de 2019, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fol. 8, Cuaderno 2º Instancia).

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión³, reiterando en esencia lo expuesto en la primera instancia.

Por su parte, la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

² Fls. 149-169 lb.

³ Fóllos 10-14 de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

I. Competencia:

La sala observa que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 153 del C.P.A.C.A, es competente este Tribunal para conocer del presente asunto.

II. Problema Jurídico:

El problema jurídico principal en el presente proceso consiste en establecer si el demandante en su calidad de docente tiene derecho a la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, con la inclusión de todos los factores devengados en el último año, como lo afirma la recurrente, o si los únicos factores que puede involucrar la liquidación de la prestación, son aquellos respecto de los cuales se efectuaron las cotizaciones al sistema de seguridad social.

Para llegar a la solución de dicho problema, se considera necesario recordar la postura asumida por este tribunal sobre *los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensiones de docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003*, y la *sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida sobre este tema por la Sección Segunda del Consejo de Estado*, para finalmente abordar el caso concreto de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso.

III. Los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensiones de docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 y la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

En este punto, debe partirse de recordar que con ocasión del cambio de postura efectuado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 2018⁴, en relación con la interpretación de los factores señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, este tribunal varió la tesis respecto de los factores a incluir en la liquidación de la pensión de docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2013.

Ello partiendo de tener en cuenta que, por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes afiliados al FOMAG están expresamente exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, que incluye el régimen pensional. Asimismo, sobre el régimen pensional que les es aplicable a estos servidores públicos, el parágrafo transitorio 1º del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que:

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de agosto de 2018. C.P. César Palomino Cortés. Radicado: 52001 23 33 000 2012 00143 01

"Parágrafo transitorio 1o. 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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".
(Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, como el régimen vigente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, debe tenerse presente que el literal b), del numeral 2º, del artículo 15 de ésta, señala que para los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, la pensión de jubilación se les reconocerá en un 75% del salario mensual promedio del último año, gozando del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Así mismo, el inciso primero, del numeral 1º de la misma disposición en cita, señaló expresamente que *"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 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"* (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con tal remisión, debe decirse que ese régimen vigente para los empleados del sector público nacional, no era otro que el previsto en la Ley 33 de 1985 y no el Decreto 3135 de 1968 que menciona la disposición, porque aquella en su artículo 25 derogó el artículo 27 de éste decreto en el que se señalaban los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quedando vigente a partir de la promulgación de la citada ley (enero 29/85), los nuevos requisitos previstos en el inciso primero del artículo 1º, así:

"ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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. (Resaltado del Despacho)

Pues bien, siendo entonces aplicable la Ley 33 de 1985, tanto para los docentes nacionales como para los nacionalizados, porque con dicha ley quedaron cobijados todos los empleados oficiales sin importar el orden territorial al que pertenezcan, lo que corresponde aclarar es que el artículo 1º, además de señalar la edad y tiempo de servicios para que un empleado oficial adquiera la pensión, respecto del monto dice que será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de

servicios.

Para tal efecto, tenemos que de la redacción del artículo 3⁵ de la mencionada ley que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 65 de 1985, se ha entendido que esta es la norma que impone la regla para determinar los factores a tener en cuenta al momento de liquidar el derecho pensional, dado que señala los factores que constituyen la base de liquidación para los aportes y dispone que serán esos mismos los que servirán para liquidar la pensión.

De allí que, con fundamento en la postura acogida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 atrás mencionada, este tribunal acogió la subregla allí señalada respecto de las citadas disposiciones de la Ley 33 de 1985 que, como atrás se dijo, son aplicables a los docentes.

Ahora bien, ya no resulta necesario acudir a dicha sentencia como argumento de autoridad, puesto que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente **sentencia de unificación calendada el 25 de abril de la presente anualidad**⁶, se ocupó específicamente de los docentes, precisando que son dos los regímenes que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o de vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, los cuales están supeditados a la fecha de ingreso de cada uno al servicio.

De tal manera que, 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, se encuentran cobijados por el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985 y, por otra parte, aquellos que ingresaron a partir del 26 de junio de 2003, se les aplicará el régimen pensional de prima media previsto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con todos los requisitos establecidos allí, a excepción de la edad.

En relación con el primer grupo, que es el que nos interesa para dirimir el caso particular sometido al conocimiento de esta sala, esto es, los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, se concluyó 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 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se pueden incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo"*, teniendo como soporte las normas citadas al inicio de éste acápite y que también venían siendo utilizadas por este tribunal.

⁵ Artículo 3 de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la ley 65 de 1985. "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 de 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.

PARÁGRAFO ÚNICO. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan."

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de abril de 2019. Radicado: 50001 23 33 000 2012 00143 01. Actor: Abadía Reynel Toloza.

No obstante, también tuvo en cuenta la alta corporación para llegar a tal conclusión, los antecedentes y debates de la Ley 91 de 1989, así:

"53. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.

54. En la Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 49 de 1989 Senado, "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", se dijo que "El esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo", y que esta fuente de financiación del Fondo "se reproducirá en el tiempo, a manera de contribución de tracto sucesivo, con la frecuencia con que se sucedan los pagos de salarios, nóminas, pensiones y las liquidaciones anuales de cesantías". Se indicó: "[...] existe imposibilidad de incrementar las cotizaciones por encima de lo tasado en el artículo 8º o de disminuir las prestaciones por debajo del límite de lo hasta ahora consagrado en las entidades territoriales o de lo que regirá para todos en el futuro, que es lo vigente con referencia a los empleados públicos del orden nacional".

55. De acuerdo con la ponencia, el régimen de **cotizaciones o de aportes** "refleja un **acuerdo total entre el Gobierno y el gremio de los educadores**, quienes manifiestan que esa tabla de ingresos garantizará el funcionamiento equilibrado del Fondo. Por la vía de la comparación se examinó el régimen de aportes y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social y al Fondo de Previsión Social del Congreso".

56. De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

57. Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985".

Asimismo, respaldó la nueva posición respecto de los docentes en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ya citada, que a su vez tuvo en cuenta la adición que

el Acto Legislativo 01 de 2005 introdujo en el artículo 48 de la Constitución, al disponer que *"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"*, indicando que los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación.

Así sentó su jurisprudencia en el tema la Sección Segunda del Consejo de Estado, concluyendo que:

"62. 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 tener en cuenta 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:

- ***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".

Sobre la aplicación de esta nueva postura, de manera expresa la parte resolutive de la sentencia, en su ordinal segundo, hizo la advertencia ***"...a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial..."*** (Resaltado fuera del texto original):

De tal manera que, mientras no haya sentencia ejecutoriada que se encuentre amparada por la cosa juzgada, como ocurre en el presente caso, deberá aplicarse la aludida interpretación sobre los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensiones que se funden en la Ley 33 de 1985.

V. Caso Concreto:

En el presente asunto, no existe discusión frente a que el demandante tiene reconocido su derecho de pensión de jubilación en Resolución 994 del 8 de mayo de 2008, la cual fue reliquidada mediante Resolución No. 1500.56.03/853 del 3 de abril de 2017 a partir del 31 de diciembre de 2016 (fl. 20).

Es importante recordar, que para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003, les es aplicable el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tal como se indicó en acápite anterior, por tanto, teniendo en cuenta que según el certificado de historia laboral, el demandante se vinculó el 22 de junio de 1981 (fl. 122), le es aplicable el régimen pensional señalado en la Ley 33 de 1985, toda vez que ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993, ni la Ley 115 de 1994 crearon un régimen especial de pensión para estos.

Como se observa en el acto acusado, los factores que se tuvieron en cuenta para reliquidar la pensión correspondieron la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones, sobre los cuales no existe discusión alguna; no obstante, el demandante solicitó que se incluyera como factor salarial la prima de servicios y las horas extras, lo cual fue negado por el *a quo* atendiendo la postura del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 18 de agosto de 2018, que era la única que abordaba el tema en ese momento, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 señala de forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, situación que impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador, aunado al hecho que sobre ellos no se habían realizado aportes a pensión, además respecto de las horas extras aclaró que si bien estaban contenidas en el citado artículo, lo cierto era que del material probatorio obrante en el expediente no se evidenciaba que las hubiera devengado, por ende, tampoco accedió a su reconocimiento.

Al respecto, como se mencionó en el acápite anterior, la nueva postura de la Sección Segunda de esa Alta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, respalda la decisión de la primera instancia y cualquier interpretación diferente a la allí contenida, por ejemplo, las traídas en el recurso de alzada, van en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social, y por lo tanto, respetando la voluntad del legislador, los factores enlistados en dicha disposición son los que deben limitar la base para efectuar la liquidación pensional.

Por ende, también entiende este tribunal que solo habrá lugar a la reliquidación pensional cuando los factores que se reclamen como no incluidos, se encuentran enlistados en la citada norma y sobre ellos se haya efectuado los aportes correspondientes.

Ello porque como dijo el Consejo de Estado en su postura del 28 de agosto de 2018, acogida recientemente en la sentencia de unificación del 25 de abril de la presente anualidad, de obligatoria aplicación, al tener en cuenta que únicamente los factores sobre los que se hicieron aportes, *"no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia"*.

Así pues, los factores relacionados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, son aquellos sobre los cuales se debieron hacer los aportes para la seguridad social del trabajador, y por tal razón, deben ser los que se tengan en cuenta al momento de liquidar la pensión. De allí que sea necesario establecer si los factores solicitados por la parte demandante se encuentran efectivamente incluidos en la citada disposición, para poder acceder a su inclusión dentro de la base de liquidación de la pensión.

Pues bien, los factores enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, son los siguientes: *"(...) 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"*.

Así las cosas, en el *sub judice* es evidente que la prima de servicios no se encuentra allí prevista, por ende su no inclusión en la liquidación de la pensión de jubilación reconocida en el acto acusado, se encuentra ajustada a derecho. Frente a las horas extras, como bien lo adujo la juez de primera instancia, aunque es un factor computable, no obra prueba que demuestre que lo devengó, pues en el listado obrante a folio 119, aquel no está descrito, razón por la cual, deberá confirmarse la sentencia del 19 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio.

De otro lado, se advierte que el acto demandado incluyó la prima de vacaciones y la prima de navidad que tampoco están enlistadas en la citada disposición y que por ende no ha debido tenerse en cuenta como factor salarial, no obstante, como también ocurrió en la sentencia de unificación para docentes, a la que se ha venido haciendo alusión, debe decirse que se trata de un asunto que se encuentra fuera del objeto del litigio, pues éste fue delimitado para reconocer factores adicionales a los incluidos en el acto demandado, razón por la cual no puede entrar a modificarse, habida cuenta que *"se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control"*.

Por último, respecto de la retrospectividad de la sentencia de unificación frente al tema que nos ocupa, el Consejo de Estado fue claro es indicar que la misma debía a aplicarse

a todos los casos que aún no tuvieran sentencia judicial ejecutoriada, como es precisamente el asunto que hoy se debate, en el que la situación jurídica del demandante no estaba amparada por la cosa juzgada.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A, dispone que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del procedimiento civil. De esta manera, en principio debería aplicarse en este caso el numeral 3 del artículo 365 del C.G.P, el cual señala que se condenará en las costas de segunda instancia cuando la sentencia de esa instancia confirme totalmente la del inferior; teniendo en cuenta además, que en su numeral 8 indica que habrá lugar a su imposición siempre que aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Sin embargo, para la sala la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia se originó en las recientes sentencias de unificación del Consejo de Estado calendadas el 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, que variaron su postura frente a los factores salariales que deben incluirse para la liquidación de las mesadas pensionales de los servidores públicos y de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, que para el momento en que se presentó la demanda, la tesis anterior de ese alto Tribunal, que también venía siendo acogida por esta corporación, era favorable a las pretensiones de la demanda.

Si bien la regla contenida en el artículo 365 del C.G.P. exige condenar en costas a la parte vencida, en el presente asunto, tal norma debe ceder ante los principios constitucionales de buena fe y acceso a la administración de justicia, dado que, la parte actora accionó el aparato judicial con una expectativa válida de que se accediera favorablemente a sus pretensiones, soportada en la postura unificada que hasta ese momento sostenía la jurisprudencia de lo contencioso administrativo frente a su caso, situación que cambió de acuerdo a la variación jurisprudencial mencionada en el párrafo anterior. Por tal motivo, no se condenará en costas a la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el fallo de primera instancia proferido el 19 de noviembre de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, dentro del proceso promovido por RAMIRO SALGUERO TORRES, contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO

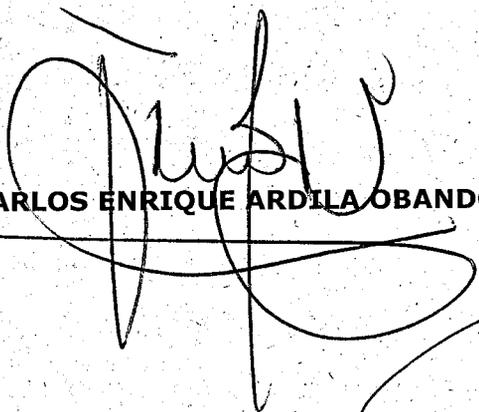
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que negó a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

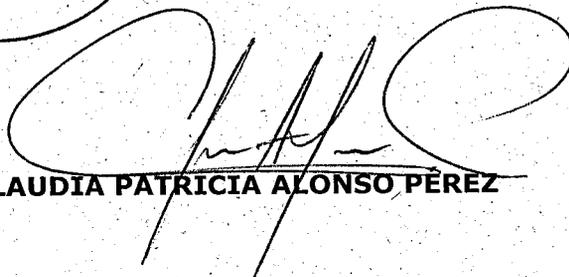
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión oral N° 1 celebrada el día 13 de junio de 2019, según Acta N° 035.


CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

TERESA HERRERA ANDRADE
Ausente con excusa


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ