



Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de agosto de dos mil dos mil diecinueve (2019).

<b>Acción</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-003-2015-00426-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>LUIS HERNÁNDEZ BUSTILLO</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>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.</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- contra la sentencia de 30 junio de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por LUIS HERNÁNDEZ BUSTILLO, por conducto de apoderado judicial.

#### **2.2.- Demandado**

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

#### **2.1. La demanda<sup>1</sup>.**

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

<sup>1</sup> Fols. 1-21 del Cdno 1



## 2.2. Pretensiones

"1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 2125 del 15 de abril de 2005, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional Bolívar por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a LUIS RAFAEL HERNANDEZ BUSTILLO, con cédula de ciudadanía No. 9.070.191.

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a LUIS RAFAEL HERNANDEZ BUSTILLO con cédula de ciudadanía No. 9.070.191 pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.

3. Inaplicar por inconstitucionalidad el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por viajar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.

4. Que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

5. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses en mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.

6. Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de Bolívar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

7. Se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A (Ley 1437 de 2011)"

## 2.3 Hechos

El señor LUIS RAFAEL HERNÁNDEZ BUSTILLO, nació el 3 de diciembre de 1949 y prestó sus servicios por más de 20 años como docente nacionalizado; que mediante Resolución No. 2125 del 15 de abril de 2005 se le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$629.399, efectiva a partir del 4 de diciembre de 2004.

Afirma el demandante que para la liquidación de su pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores, tales como prima de vacaciones, sobresueldo, prima de



13-001-33-33-003-2015-00426-01

clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de alimentación.

#### **2.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 1, 2, 3, 5, 6, 13, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336
- Ley 31 de 1989
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985

##### **2.4.1. Concepto de la violación**

Expone el demandante, que la regla general establecida en la Constitución Política en su artículo 53 es la prohibición de menoscabar o desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, principio que se reitera en la Ley 4 de 1992 en su artículo 2º literal a que proclama que en ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Que las diferentes normas legales tales como la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003 han respetado el régimen prestacional de los docentes vinculados sin desmejorarle alguna situación; cambiando lo anterior para aquellos que se vincularan con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma en turno.

#### **2.5. Contestación del Departamento de Bolívar<sup>2</sup>**

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que el hecho que se demanda no le es jurídicamente imputable, proponiendo como excepción la falta de legitimación por pasiva, puesto que, el reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes le corresponde al FOMAG y no al Departamento de Bolívar.

**El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.**

### **III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia de 30 de junio de 2017, la Juez Tercera Administrativa del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones del accionante y declarando la falta de legitimación por pasiva del Departamento de Bolívar.

<sup>2</sup> Fols. 82-85 del Cdno 1

<sup>3</sup> Fols. 131-137 del Cdno 1.



13-001-33-33-003-2015-00426-01

Al respecto sostuvo, que los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas vigentes a ese momento. Por lo tanto, la pensión ordinaria de jubilación de un docente del magisterio oficial vinculado antes de la Ley 812 de 2003 debe liquidarse conforme con la Ley 33 de 1985, teniendo como base el 75% de todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la configuración de su estatus pensional, no siéndole aplicable el Decreto 3752 de 2003.

Señaló el A quo, que la tesis anterior, encuentra sustento en la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, donde fue analizada la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 donde se encuentran enunciados los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones; argumentos ratificados con la tesis de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, donde se concluyó que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, exceptuando únicamente la indemnización de vacaciones y la bonificación por recreación.

Por lo anterior, declaró la nulidad del acto acusado y ordenó reliquidar la pensión del actor con la inclusión de la prima de alimentación, prima de escalafón, prima de grado, prima de vacaciones, y prima de navidad en la doceava parte.

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 13 de julio de 2017 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia manifestando que en ella no se tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico general aplicable al caso, puesto que, el Decreto 1048 de 1972 excluyó de manera expresa su aplicación al régimen de los docentes, por ello, no podía el juez de primera instancia aplicarlo al caso concreto.

Que el régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales es el que se encuentra en la Ley 91 de 1989 donde se contempla mejores condiciones laborales a los docentes que las establecidas a los demás servidores públicos; por esas características propias de la actividad docentes, se justifica que régimen sea diferente.

<sup>4</sup> Fols. 142-153 Cdnº 1



Igualmente, señaló que en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se enuncia la aplicación de la norma estableciendo que el FOMAG no pagará las siguientes prestaciones, que continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, tales como primas de navidad, de servicios, de alimentación, de vacaciones, subsidios familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.

#### **V.- TRÁMITE PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 7 septiembre de 2017<sup>5</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 6 de abril de 2018<sup>6</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 28 de septiembre de 2018<sup>7</sup>.

#### **VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**6.1. Alegatos de la parte demandante:** La parte accionante no presentó alegatos de conclusión.

**6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>8</sup>:** La parte accionada, presentó su escrito el 10 de octubre de 2018, sin embargo, lo preceptuado en los alegatos nada tiene que ver con el asunto motivo de apelación.

**6.3. Concepto del Ministerio Público:** No presentó concepto.

#### **VII.- CONSIDERACIONES**

##### **7.1. 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

##### **7.2. Competencia.**

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

<sup>5</sup> Fol. 2 Cdno 2

<sup>6</sup> Fol. 4 Cdno 2

<sup>7</sup> Fol. 8 Cdno 2.

<sup>8</sup> Folio 11-15 Cdno 2.



### 7.3. Acto administrativo demandado.

Resolución No. 2125 de 15 de abril de 2005<sup>9</sup>, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación nacionalizado al señor Luis Hernández Bustillo.

### 7.4. Problema jurídico.

Procede la Sala a resolver el siguiente problema jurídico, estructurado de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, así:

*¿Cuál es la norma que rige el salario base de liquidación de la pensión, a los docentes afiliados al FOMAG que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?*

De cara a lo anterior, se entrará a establecer cuál es la normatividad aplicable para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación del demandante, de forma que se determine si debe ser liquidada la mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

### 7.5. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, puesto que, las razones de esta instancia se sustentan en la aplicación del 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 que estableció el régimen aplicable a los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad de la Ley 812 de 2003; así las cosas, la normatividad que regula la situación del actor se encuentra en la Ley 91 de 1989 que remite a la Ley 33 de 1985 para servidores públicos, aduciendo que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional son exclusivamente los citados en la Ley 33.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) La normativa aplicable para la pensión de los docentes afiliados al FOMAG; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Caso concreto; y (iv) Conclusión.

<sup>9</sup> Fols. 22-24 Cdho 1



## 7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

### 7.6.1 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<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>.

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.

### 7.6.2 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 1º, 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*

<sup>10</sup> Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

<sup>11</sup> *Ibidem*.



13-001-33-33-003-2015-00426-01

*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."*

**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:



13-001-33-33-003-2015-00426-01

*"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 1º 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<sup>12</sup> 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 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º 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 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*50. El artículo 1º 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".*

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>13</sup>, 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*

<sup>12</sup> Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

<sup>13</sup> Ibídem.



13-001-33-33-003-2015-00426-01

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." (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<sup>14</sup> vinculados a partir de 1º 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 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º 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%.

## **7.7. Caso concreto.**

### **7.7.1 Hechos relevantes probados.**

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

- El demandante prestó sus servicios como docente nacionalizado desde el 24 de septiembre de 1971 hasta el 1 de febrero de 2015<sup>15</sup> y obtuvo el status pensional el 3 de diciembre de 2004<sup>16</sup> fecha en la que cumplió los 55 años de edad<sup>17</sup> y en la que contaba con un tiempo de servicio de más de 33 años.
- Mediante la Resolución No. 2125 de 15 de abril de 2005 se le reconoció pensión de jubilación a partir del 4 de diciembre de 2004, visible a folios 22 a 24 del expediente.
- El tiempo laborado que se tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional fue el comprendido en el último año de servicio anterior a obtener el status pensional, entre el 4 de diciembre de 2003 y el 3 de diciembre 2004<sup>18</sup>.
- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica<sup>19</sup>.
- Los factores salariales devengados por el demandante durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, prima de

<sup>14</sup> Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

<sup>15</sup> Fols. 28-29 del Cdno 1; Formato Único para la expedición de certificado laboral FOMAG

<sup>16</sup> Fols. 22-24 del Cdno 1; Resolución No. 2125 de 15 de febrero de 2005.

<sup>17</sup> Fols. 31 del Cdno 1; Copia de Cédula de Ciudadanía del actor, donde consta la fecha de nacimiento como el 3 de diciembre de 1949.

<sup>18</sup> Fols. 22-24 del Cdno 1; Resolución No. 2125 de 15 de febrero de 2005.

<sup>19</sup> *Ibíd.*



13-001-33-33-003-2015-00426-01

alimentación, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad, prima de vacaciones y sobre sueldo.<sup>20</sup>

### 7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor LUIS HERNÁNDEZ BUSTILLO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 2125 del 15 de abril de 2005<sup>21</sup>, en calidad de docente nacionalizado, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra acreditado que el último año de servicio anterior al status de pensionado del actor fue el que transcurrió entre el año 2003 y 2004.

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 Luis Hernández Bustillo al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 24 de septiembre de 1971.

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 91 de 1989, a diferencia de lo señalado por el Juez de Primera Instancia, el demandante no lo cobija el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 por expresa disposición legal en su artículo 279, por tanto, tiene derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985 de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al actor, las reglas fijada 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

<sup>20</sup> Fols. 25 – 26 del Cdno 1. Certificado de la Secretaria de Educación de Bolívar.

<sup>21</sup> Fols. 22-24 del Cdno 1



13-001-33-33-003-2015-00426-01

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 incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 25 a 26, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33.

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 ir en contra del precedente judicial y las reglas expuestas en la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, donde dejó sentado el régimen aplicable y los factores salariales que se deben incluir a los docentes del servicio oficial.

#### **7.8. Conclusiones.**

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es negativa, el demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicio, en el entendido que al ser cobijado por el régimen establecido en la Ley 91 de 1989 y el de servidores públicos de la Ley 33 de 1985, los únicos factores salariales permitidos son los que esta última contiene en su artículo 3 y sobre los que efectivamente se realizaron cotizaciones.

#### **VII.- COSTAS -**

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



13-001-33-33-003-2015-00426-01

segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

**IX.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 30 de junio de 2017, proferida por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **NIEGANSÉ** las pretensiones elevadas por el señor LUIS HERNÁNDEZ BUSTILLO, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido contra el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas en esta providencia.

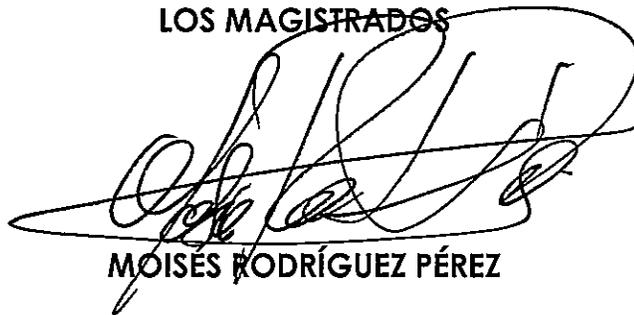
**TERCERO:** No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**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.59 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**



**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**



**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**



**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**



22

Handwritten scribble or mark in the lower middle section.

Small handwritten marks or characters in the lower right area.