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

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2016-00278-01**
Demandante	**MIROSALBA PAVA GARCÍA**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
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.*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por MIROSALBA PAVA GARCÍA, 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[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora MIROSALBA PAVA GARCÍA, 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,

[1] Fols. 3 -25 Cdno 1.

2.2. Pretensiones

"1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 295 del 20 de noviembre de 2014, expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Magangué (Bol.) por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a MIROSALBA PAVA GARCÍA, con cédula de ciudadanía No. 33.197.273 de Magangué (Bol).

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y 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 MIROSALBA PAVA GARCÍA pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado. (...)

3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3°, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2°, 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 Magangué (Bol.), a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.P.A. (Sic) (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.C. (Sic)(Ley 1437 de 2011)"

2.3. Hechos

La señora MIROSALBA PAVA GARCÍA, nació el 1 de septiembre de 1959 y prestó sus servicios por más de 20 años como docente nacionalizado; que mediante Resolución No. 295 del 20 de noviembre de 2014 se le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de $2.097.080, efectiva a partir del 2 de septiembre de 2014.

Afirma la demandante que para la liquidación de su pensión de jubilación, únicamente se le tuvieron en cuenta la asignación básica mensual y la prima de vacaciones; sin embargo, no fueron incluidos los demás factores a los que tenía derecho tales como la prima de clima, prima de grado, prima de escalafón, prima de servicios y la prima de navidad.

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 la 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 2° 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[2]

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 de la actora 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 status de la pensión.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuaron de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez la 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 la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente.

[2] Fols. 49-63 Cdno 1

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

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia de 14 de noviembre de 2017, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo que con base en las sentencias de unificación del Consejo de Estado de agosto de 2010 y febrero de 2016, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se puede concluir que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1° de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años sin son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años de servicios cotizados, indicando que en ellos se aplicaría el régimen anterior a la Ley 100 de 1993; por lo tanto, a la demandante al nacer el 1 de septiembre de 1959 no tenía la edad requerida para la transición por lo que no es beneficiaria de la misma.

Igualmente, señaló el *A quo* que la demandante por no ser beneficiaria de la transición no le son aplicables las disposiciones de las leyes 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, por ello la reliquidación solicitada no tiene vocación de prosperidad y con lo anterior negó las pretensiones de la demanda.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 21 de noviembre de 2017 la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que se debe reliquidar su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior y explica que como sustento de sus pretensiones, está el contenido de la Ley 33 de 1985 después de la calificación que ha hecho el Consejo de Estado de la Sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010, donde se ha precisado del alcance del ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria que necesariamente debe comprender todos los elementos que hacen parte de la noción del salario.

Que el Juez de Primera Instancia concluyó la existencia de normas especiales que gobiernan el reconocimiento y pago de la pensión del docente haciendo

[3] Fols. 79-87 y vto Cdno 1
[4] Fols. 89-95 Cdno 1

especial alusión a la Ley 812 del 2003 y su Decreto Reglamentario 3752 del mismo año que contiene el IBL de la pensión de los docentes y se reconoce atendiendo requisitos de la edad y tiempo de servicio de conformidad con la Ley 33 de 1985, no así el IBL. Sin embargo, no tuvo en cuenta que para el caso de los docentes la controversia de la aplicación de la Ley 33 de 1985 no se deriva el beneficio de la transición que contiene la Ley 100 de 1993, sino que se tiene un régimen especial que consagra una remisión directa de las pretensiones de los docentes.

Arguye que los docentes quedaron exceptuados de manera taxativa del régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, lo que quiere decir que le son aplicables las disposiciones establecidas en los sistemas anteriores. Que la Ley 91 de 1989 con la que se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tuvo como fin atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, y allí se estableció la manera como las entidades asumirían la carga prestacional de dicha pensión.

Concluye que como quiera que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional del accionante son las leyes 33 y 62 de 1985 para efectos de reliquidar la pensión, tiene derecho a que le sean incluidos todos los factores.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 17 enero de 2018[5], por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 7 de mayo de 2018[6]; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de agosto de 2018[7].

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[8]: La parte accionada mediante escrito del 29 de agosto de 2018 presentó alegatos de conclusión ratificándose en los argumentos expuestas en la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

---

[5] Fol. 2 Cdno 2
[6] Fol. 4 y vto Cdno 2
[7] Fol. 9 Cdno 2.
[8] Fol. 13-17 Cdno 2.

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.

7.3. Acto administrativo demandado.

Resolución No. 295 de 20 de noviembre de 2014[9], por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación nacional a la señora MIROSALBA PAVA GARCÍA.

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 de la demandante, de forma que se determine si debe ser liquidada la mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariares devengados en el último año de servicio.

7.5 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, empero, a diferencia de lo indicado por el *a quo*, 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

[9] Fols. 27-28 Cdno 1

servidores públicos, aduciendo que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional son exclusivamente los citados en la Ley 33, modificada por la Ley 62 de 1985.

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.

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[10].

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[11].

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 1°, dispuso lo siguiente:

[10] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.
[11] *Ibídem*.

"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". (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:

> *"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[12] 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".*

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado[13], 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

---

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

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[14] 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%.

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:

- La demandante prestó sus servicios como docente de entidad territorial desde el 15 de julio de 1994[15] y obtuvo el status pensional el 1 de septiembre de 2014[16] fecha en la que cumplió la edad de 55 años, con un tiempo de servicio de 20 años.

- Mediante la Resolución No. 295 de 20 de noviembre de 2014[17], la Secretaría de Educación Municipal del Magangué, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, le reconoció pensión de jubilación a favor de la demandante a partir del 2 de septiembre de 2014.

- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica y la prima de vacaciones[18].

---

[14] Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.
[15] Fols. 30 del Cdno 1; Formato único para la expedición de certificado laboral FOMAG
[16] Fols. 27 del Cdno 1; Resolución No. 295 de 20 de noviembre de 2014 (tiene un error en transcripción referentes a las fechas de status y tiempo de servicio de la actora.)
[17] Ibídem.
[18] Ibíd.

- Los factores salariales devengados durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, bonificación mensual, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y de grado[19].

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora MIROSALBA PAVA GARCÍA, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 295 de 20 de noviembre de 2014, en calidad de docente con vinculación nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, cabe aclarar que aunque en la parte resolutiva de la Resolución No. 295 de 20 de noviembre de 2014, se indica que el status pensional de la demandante fue adquirido a partir del 2 de septiembre de 2014, por haber iniciado labores el 2 de septiembre de 1994, se denota que existe error en el mismo acto, puesto que, corroborada la información con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No.1 que aparece a folios 29 a 30, la fecha en que comenzó a trabajar la actora corresponde al 15 de julio de 1994, es decir, obtuvo su derecho pensional el 14 de julio de 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 de la señora Mirosalba Pava García al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue el 15 de julio de 1994.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989; sin embargo, hay que precisar que el personal docente no se encuentra cobijado por la transición prevista en la Ley 100 de 1993, por disposición legal, puesto que en el artículo 279 ibídem señala la excepción, por ende, el Juez de Primera Instancia no podía realizar dicho estudio de aplicabilidad transicional como lo hizo.

El *A quo* se equivoca al afirmar que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 porque a la entrada en vigencia de la misma, 1° de abril de 1994, la actora no cumplía con el requisito de edad dispuesto en el artículo 36 Ibídem, cuando lo que debía indicar era que no era aplicable la transición por el hecho de que los docentes están exceptuados de la misma.

[19] Fols. 31-32 del Cdno 1. Formato único expedición de certificado laboral Consecutivo No. 1

En ese orden de ideas, tenemos que la actora tiene derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de1985 de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91, pues, es esta ultima la norma aplicable.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable a la demandante, 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

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, solo podía incluírsele en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica, puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folios 31 a 32, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33.

Por tanto, la señora MIROSALBA PAVA GARCÍA 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.

No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de vacaciones 1/12, factor que no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

7.8. Conclusiones.

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es negativa, la 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 cobijada 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 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: CONFIRMAR la sentencia de 14 de noviembre de 2017, proferida por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

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

TERCERO: 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**

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2016-00278-01**
Demandante	**MIROSALBA PAVA GARCÍA**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
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.*