



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

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-004-2017-00292-01
Demandante	ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<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 demandante, contra la sentencia de 28 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto 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 ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA, 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 demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA, 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. 1-14 Cdno 1.



13-001-33-33-004-2017-00292-01

2.2. Pretensiones

"1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No.07122 del 03 de diciembre de 2015, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.

2. Que se ordene al Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Distrito de Barranquilla – Universidad del Atlántico –Alcaldía Mayor de Cartagena restablecer el derecho que le asiste a mi poderdante en el sentido que se le incluya además de los factores salariales reconocidos en ella, los demás que efectivamente devengaba al momento de adquirir el status tales como la Prima de Navidad, y todos los demás que según la ley tenga derecho.

3. Que se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo desde la fecha en que mi poderdante adquirió el estatus hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, junto con sus intereses y debidamente indexado.

4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en y dentro de los términos de los artículos 192 al 195 del C.P.A.CA.

(...)"

2.3. Hechos

El señor ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA, cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio que exige el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y por ello el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito de Barranquilla expidió la Resolución No. 07122 del 3 de diciembre de 2015, en la que se concedió y ordenó pagar la pensión de jubilación en cuantía de \$1.886.920, liquidada solamente con la asignación básica y la prima de vacaciones.

Que en los certificados de salario se encuentran relacionados además de la asignación básica y la prima de vacaciones, otros factores tal como la prima de navidad, ingreso que no fue tenido en cuenta por la entidad demandada al momento de liquidar la pensión de jubilación.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:



13-001-33-33-004-2017-00292-01

- Constitución Política, art. 25, 48, 53,
- Ley 1437 de 2011, art. 138
- Ley 33 de 1985, art. 3
- Ley 62 de 1985, art. 1
- Ley 91 de 1989, art. 15, numeral 2, Literal A.

2.4.1. Concepto de la violación

Expone el demandante que el acto acusado es violatorio de la Constitución y de la leyes, porque el precedente del Consejo de Estado en sentencia Plena de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, estableció que la lista de los factores salariales establecidos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no son taxativos sino que están meramente enunciadas por lo que es posible la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador.

2.5 Contestación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²

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.

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.

² Fols. 37-51 Cdno 1





13-001-33-33-004-2017-00292-01

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia de 28 de septiembre de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones del accionante.

Al respecto sostuvo que, no era procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, como quiera que los factores cuya inclusión se pretende no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó la Ley 33 del mismo año, amén de que tampoco se acreditó que sobre dichos factores se hubieran efectuado aportes para pensión.

Así mismo, señaló la A quo que la decisión se tomó atendiendo el giro jurisprudencial dado por la sentencia SU 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, en la que expresamente excluyó a los docentes afiliados al FOMAG con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 indicando que se les reconocería una pensión equivalente al 75% del salario mensual devengado durante el último año, como lo dispone el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; igualmente, sobre los factores salariales, pues señala los que se deben incluir para establecer el IBL.

Por ello, indicó que la sentencia de primera instancia que, el régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985 corresponde solamente a los factores sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones puedan incluirse como elemento salarial a la liquidación de la mesada pensional y dichos factores son los que aparecen en la Ley 62 de 1985.

Finalmente, señaló el Despacho que no se puede aplicar la sentencia SU del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, como lo pretende el demandante.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 30 de octubre de 2018 la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que se encuentra en desacuerdo con dicha decisión, puesto que, defiende la postura de la sentencia del Consejo de Estado de la Sección Quinta del 27 de septiembre de 2018 en la que se hace una interpretación de la SU del 28 de agosto de 2018 y se indica que esta última no le es aplicable al régimen

³ Fols. 989-1002 y vto Cdno 6

⁴ Fols. 1007-1015 Cdno 6





13-001-33-33-004-2017-00292-01

pensional de los docentes oficiales, puesto que solo cobijó a los servidores públicos de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, dicha sentencia señaló que para el caso de las pensiones de jubilación sujetas a la Ley 33 y 62 de 1985, su liquidación debe realizarse con base en la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo de Barranquilla el 2 de febrero de 2017⁵; a su vez, se llevó a cabo audiencia inicial el 18 de agosto de 2017⁶ y la audiencia de pruebas el 8 de septiembre de 2017⁷. Sin embargo, mediante Auto de 2 de octubre de 2017, el Juez se declaró la falta de competencia por el factor territorial y ordenó remitirlo al funcionario competente en Cartagena, correspondiéndole al Juzgado Cuarto Administrativo de esta ciudad.

Ahora bien, en segunda instancia la demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 13 diciembre de 2018⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de marzo de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019¹⁰.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguno de las partes procesales hizo uso de esta etapa.

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

⁵ Fols. 22-24 Cdno 1

⁶ Fols. 912-917 Cdno 5

⁷ Fols. 921-923 Cdno 5

⁸ Fol. 3 Cdno 6 apelación

⁹ Fol. 5 y vto Cdno 6 apelación

¹⁰ Fol. 9 Cdno 6 apelación



13-001-33-33-004-2017-00292-01

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. 07122 de 3 de diciembre de 2015¹¹, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación como docente de vinculación distrital al señor ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA.

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 o exclusivamente los señalados en la Ley 33 de 1985.

7.5. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, haciendo la salvedad sobre 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, modificada por la Ley 62 de 1985.

¹¹ Fols. 16-18 Cdno 1



13-001-33-33-004-2017-00292-01

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 FOMAG¹².

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 jurídica¹³.

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:

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

¹³ *Ibidem*.



13-001-33-33-004-2017-00292-01

"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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:



13-001-33-33-004-2017-00292-01

(...) 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 2º 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 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º 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 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 Estado¹⁴ 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

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



13-001-33-33-004-2017-00292-01

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 Estado¹⁵, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 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 docentes¹⁶ 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 distrital, en diferentes entidades (en la Universidad del Atlántico desde el 18/06/1987 hasta el 17/03/1989; a favor de Alcaldía Mayor de Cartagena desde el 12/03/1992 hasta el 11/09/1996; y adscrito al FOMAG desde el 18/11/1997 al 23/09/2011)¹⁷

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁷ Fols. 16 del Cdno 1



13-001-33-33-004-2017-00292-01

- Que el demandante obtuvo el status pensional el 23 de septiembre de 2011¹⁸ fecha en la que cumplió la edad de 55 años, con un tiempo de servicio de 20 años.
- Mediante la Resolución No. 07122 de 3 de diciembre de 2014, la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional-, le reconoció pensión de jubilación a favor del demandante a partir del 24 de septiembre de 2011.
- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica y la prima de vacaciones¹⁹.
- Los factores salariales devengados durante el último año anterior al status pensional fueron: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones²⁰.
- El demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al status de pensionado.

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

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 07122 de 3 de diciembre de 2015, en calidad de docente con vinculación distrital, 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, transcurrió entre el año 2010 y el 2011.

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 Álvaro de Jesús Pérez Jaraba al servicio oficial docente, que de acuerdo a lo probado en el proceso fue referente al Fomag, fue en el año 1997, por tanto, 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.

¹⁸ Ibídem

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Fols. 19-20 del Cdno 1. Formato único expedición de certificado de salarios Consecutivo No. 30875





13-001-33-33-004-2017-00292-01

En ese orden de ideas, tenemos que el actor 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, pues, es esta última la norma aplicable.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable al demandante, las reglas fijadas en la sentencia citada, señalan los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1º 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 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 19 a 20, los factores relacionados allí no hacen parte la Ley 33.

Por tanto, el señor ÁLVARO DE JESÚS PÉREZ JARABA 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 factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones 1/12, factor que no se encuentra 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



13-001-33-33-004-2017-00292-01

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, 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 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 28 de septiembre de 2018, proferida por la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.



13-001-33-33-004-2017-00292-01

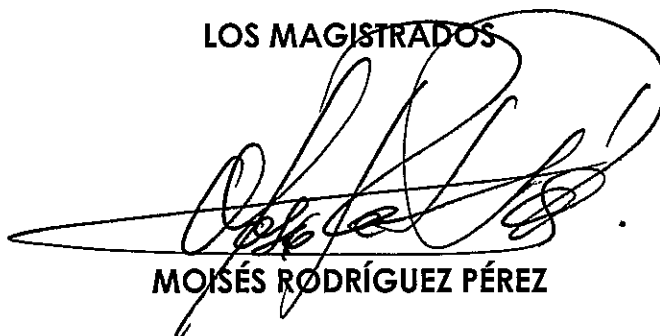
SEGUNDO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

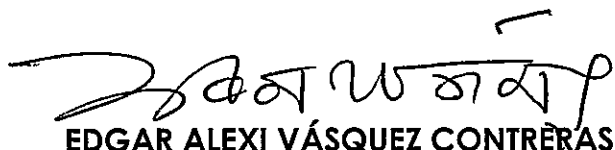
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

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