



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, veinticinco de julio de dos mil diecinueve

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2018, en la audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
C.C. No. 4.625.481

2. PARTE DEMANDADA

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 125 de 31 de marzo de 2003, en la que se reconoció la pensión de jubilación, pero sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de su pensión en el 75% de todos los factores que constituyen salario, devengados en el último año de servicios, como lo es la prima de navidad.

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Segunda Instancia

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, por Resolución No. 125 de 31 de marzo de 2003, le reconoció al señor Gerardo Alirio Meneses, una pensión de jubilación, sin incluir la prima de navidad, devengada en el último año de servicios. *Fls. 12 y siguientes.*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 11 de julio de 2017, repartida al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 21 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FNPSM-**, no contestó la demanda.

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

En la audiencia inicial, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se dio lugar a los alegatos de las partes y se dictó la sentencia. *Fls. 44 y siguientes C. ppal.*

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2018, dentro de la audiencia inicial del proceso de la referencia, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

El Juzgado halló que era competente para conocer del asunto en primera instancia, y explicó que no se configura la caducidad, porque se controvierten actos administrativos que versan sobre prestaciones periódicas.

Expuso que sobre los factores a incluir en la liquidación de las pensiones bajo las leyes 33 y 62 de 1985, que en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, radicado 2012 00143 01, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se estableció la sub regla según la cual, solo deben incluirse los factores sobre los que se hicieron los aportes.

Descendiendo al caso concreto, evidenció que el actor devengó en el último año de servicios los siguientes factores: asignación básica, pago de sueldo de vacaciones, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones. Y observó que en el acto administrativo demandado, la pensión se liquidó con inclusión únicamente de la asignación básica, prima de vacaciones y prima de alimentación.

Consideró que en dicho acto se incluyeron los factores salariales sobre los que se efectuaron los aportes y que, en todo caso, están estatuidos como factor salarial en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Y concluyó que de conformidad con la jurisprudencia citada, el acto administrativo conservaba su legalidad y no había derecho a la reliquidación de la pensión demandada.

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló la decisión anterior en tiempo oportuno.

En el recurso, destacó que la sentencia de unificación invocada por el A quo, no es aplicable a los docentes, y que así se desprende de las consideraciones vertidas en dicha sentencia, que se sirvió transcribir en lo pertinente.

Solicitó que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones elevadas. *Fls. 50*

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

El recurso se concedió y fue admitido, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aleguen de conclusión y emita el concepto, respectivamente. *Fl. 52 y siguientes y C. del Recurso.*

La parte demandante alegó a folios 15 y siguientes. La parte demandada y el Ministerio Público no intervinieron en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2018, en la audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado

El señor Gerardo Alirio Meneses, prestó sus servicios como docente, así: desde el 1 de septiembre de 1968 hasta el 15 de septiembre de 1970; desde el 16 de enero de 1972 hasta el 30 de septiembre de 1972; y desde el 1 de abril de 1979 hasta el 11 de julio de 2012. Esto se comprueba con los certificados de tiempo de servicios, a folios 6 y siguientes del cuaderno principal.

Le fue reconocida una pensión de jubilación por Resolución No. 125 de 31 de marzo de 2003.

En esta resolución, se consideró que prestó sus servicios como docente, de forma interrumpida desde el 1 de septiembre de 1968 en adelante, por más de 20 años, que cumplió su estatus pensional el 25 de junio de 2002, y que tenía derecho a una pensión de jubilación en el 75% de los factores sobre los que se efectuaron los aportes, a saber: asignación básica, prima de vacaciones y prima de alimentación. Copia de la resolución está a folios 2 y siguientes del cuaderno principal.

Según los certificados allegados, el actor devengó en el último año de servicios, los siguientes factores: asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, a folios 11 y siguientes del cuaderno principal.

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

24

3. La sentencia de instancia y los motivos de apelación

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, negó la reliquidación de la pensión anterior, porque según la posición del Consejo de Estado en sentencia de unificación 28 de agosto de 2018, en la liquidación de la pensión bajo la Ley 33 de 1985, solo deben incluirse los factores sobre los que se efectuaron los aportes.

Inconforme con lo anterior, la parte actora alegó que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, invocada por el A quo, no era aplicable a los docentes.

4. Del ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003

El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, el 27 de junio de 2003, es el previsto en la normatividad anterior, a saber: Ley 115 de 1994, Ley 60 de 1993 y Ley 91 de 1989. Y en este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene dilucidado que para estos docentes el régimen pensional es el mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, y los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

A la vez, el régimen pensional de los docentes vinculados a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, es el régimen de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Lo anterior se desprende del artículo 81 de la Ley 812 de 2003:

Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)

Criterio reiterado en el párrafo del Acto Legislativo No. 01 de 2005:

"Párrafo 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".

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

25

En relación con el ingreso base de liquidación de la pensión, según cada régimen aplicable a los docentes, se asentó jurisprudencia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación SUJ2-014, de 25 de abril de 2019, radicado 0935-17.

Para lo que interesa en este asunto, se razonó que los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, tienen derecho a una pensión ordinaria de jubilación con los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, y equivalente al 75% del promedio mensual del último año de servicio docente.

La sentencia de unificación precisó que los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación, corresponden a los contemplados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que son los mismos factores sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, a saber: 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.

Explicó que lo anterior encuentra sustento en i) la Ley 91 de 1989 y sus antecedentes históricos, en los que se estableció un esquema de cotizaciones o aportes de los docentes, diferente al de los empleados públicos del orden nacional, establecido por acuerdo entre el Gobierno y el gremio de los educadores, para garantizar el funcionamiento equilibrado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según el cual, los aportes de la Nación como empleadora de los docentes, se hace en relación con los factores contemplados en la Ley 62 de 1985; en que ii) ese criterio sigue el establecido en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 28 de agosto de 2018, sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985, distinto al considerado en la sentencia de 4 de agosto de 2010; y en que lo anterior iii) es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005, que dispone que para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren efectuado las cotizaciones, de lo que los docentes no están excluidos.

Entonces fijó 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.

Finalmente, la sentencia advirtió que las reglas fijadas se aplican de manera retrospectiva, es decir, que se emplean de manera obligatoria en los casos pendientes de solución en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. A lo que agregó que "los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia".

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

5. El caso concreto

Descendiendo al caso del señor Gerardo Alirio Meneses, se observa que prestó sus servicios en la educación en forma interrumpida desde el 1 de septiembre de 1968, por más de 20 años, que adquirió su estatus pensional el 25 de junio de 2002, y que le fue reconocida una pensión ordinaria de jubilación, que se liquidó en el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios con inclusión de la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de alimentación, como factores sobre los que se realizaron los aportes.

En razón a que se vinculó al servicio docente con anterioridad a la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985. Aclara la Sala que el señor Meneses no alcanza la transición de la Ley 33 de 1985, porque a la fecha de su entrada en vigencia, el 13 de febrero de 1985, había laborado un poco más de 8 años, pero no los 15 años exigidos para dicho efecto.

De conformidad con la regla de unificación que se dejó expuesta, en el ingreso base de liquidación de la pensión solo deben incluirse los factores salariales previstos en la mencionada Ley 62 de 1985, sobre los que se efectuaron los aportes.

Como se vio, en los actos administrativos demandados, para el reconocimiento y la liquidación de la pensión del actor, se incluyeron como factores salariales la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones. La Sala advierte que solo la asignación básica está prevista en la Ley 62 de 1985 como factor sobre el que se realizan los aportes y que debe ser incluido en la liquidación de la pensión del actor. Empero, en este asunto no es dable excluir de la liquidación de la pensión del actor, la prima de vacaciones y la prima de alimentación, porque se desconocería el objeto litigioso de este proceso. En consecuencia, la Sala estima que el acto administrativo demandado, en el que se reconoció la pensión de jubilación del actor, conserva su presunción de legalidad, al incluir los factores sobre los que se hicieron los aportes para la pensión.

Como se desprende de la normatividad y de las reglas jurisprudenciales, en la liquidación de la pensión bajo las leyes 33 y 62 de 1985, no es procedente la inclusión de factores salariales allí no contemplados y sobre los que no se hicieron los aportes, como lo es la prima de navidad, devengada por el actor, cuya inclusión no es viable para la reliquidación de su pensión.

Cabe decir que en este proceso es aplicable la regla de unificación expuesta, porque está pendiente de resolución y no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

Para la Sala no son de recibo los cargos de la apelación, porque la interpretación respecto de los factores que deben incluirse en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, quedó asentada en la sentencia de unificación SUJ2-014, de 25 de abril de 2019, radicado 0935-17, que sigue la subregla establecida en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 que fue aplicada por el A quo, lo que además resulta acorde con los lineamientos de la jurisprudencia constitucional.

Por las razones anteriores, no prosperan los cargos de la apelación, por lo que se confirmará la sentencia.

6. Costas de esta instancia

27

Expediente: 19001 33 31 001 2017 00213 01
Actor: GERARDO ALIRIO MENESES MENESES
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone 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 procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

La Sala se abstendrá de condenar en costas, porque el cambio del criterio jurisprudencial sobre el ingreso base de liquidación, se presentó mientras este proceso estaba en trámite.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

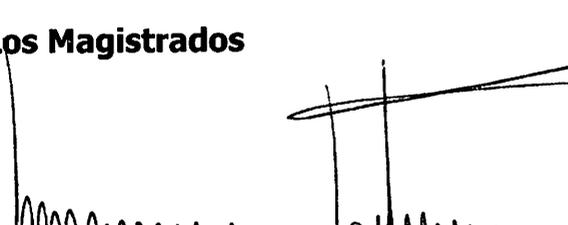
PRIMERO: Confirmar la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

Los Magistrados


CARLOS H. JARAMILLO DELGADO


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO