

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-010-2019-00042-01
Demandante	MARIA ELENA DUARTE BARRERA
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG
Asunto	RELIQUIDACION-IBL- DOCENTE
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en Audiencia inicial de fecha 13 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la **Resolución No 6404 DEL 31 DE AGOSTO DE 2017**, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la

¹ 01ExpedienteDigitalizado Folios Digitalizados 1-16



que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado(a).

2. Declarar que mi representado(a) tiene derecho a que la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTEGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso**), le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **09 DE ABRIL DE 2017** equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado(a) que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso**), a que reconozca y a mi mandante una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **09 DE ABRIL DE 2017** equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado(a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
2. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso**), a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.
3. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso**), a que realice efectúe el respectivo pago



de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del (la) pensionado (a). Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

4. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso)**, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.
5. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso)**, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
6. Condenar en costas a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso).**"

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- ✓ La demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.

- ✓ Señala que mediante la Resolución No. 6404 del 31 de agosto de 2017 le fue reconocida pensión de jubilación y la base de liquidación pensional en su reconocimiento incluyó solo la asignación básica y la prima de vacaciones omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, la prima de servicio y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.3. Concepto de violación.

La parte accionante considera que se vulneró el artículo 15 de Ley 91 de 1989, el artículo 1 de ley 33 de 1985, ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978. Manifiesta que debe decretarse la nulidad parcial del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento de la pensión omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionado, para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados para el efecto por la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada no contesto la demanda dentro del término legal.

3. Sentencia apelada².

En audiencia inicial del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia de forma oral, donde resolvió negar las pretensiones de la demanda, toda vez que, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo demandado.

² CARPETA- VIDEO

Señala el A quo, que la pensión de jubilación del accionante se encuentra cobijada por las leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, toda vez que se vinculó a la docencia antes de la vigencia de la ley 812 de 2003; en ese orden, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el demandante el último año de servicio; además, que de acuerdo a lo expuesto en la sentencia de unificación del 25 de abril del 2019 proferida por el Consejo de Estado, dichos factores salariales son taxativos y se encuentren enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

En ese contexto, precisa que lo solicitado por la demandante consiste en que se le reliquide su pensión de jubilación reconocida en la Resolución No.6404 del 31 de agosto de 2017, y sean tenidos en cuenta, además de los ya computados, los factores salariales de prima de navidad y prima de servicios.

No obstante, considera el Juez de primera instancia que lo anterior no es procedente, toda vez que los factores deprecados no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985; siendo esto razón suficiente para concluir que no le asiste derecho al accionante a que sean tenidos en cuenta para la liquidación del IBL.

4. Recurso de apelación.

4.1. De la parte accionante³.

La parte accionante, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que en el presente caso el A quo se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la cual se establece la base de liquidación de las pensiones del personal docente.

Señala la apoderada de la parte demandante que una vez fue proferida la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 26 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, procedió a

³ 01ExpedienteDigitalizado Folios Digitalizados 101-111.

reclamar el reconocimiento de la reliquidación pensional incluyendo los factores salariales de los cuales tenía derecho; considera que de aquí se desprende una confianza legítima en la Administración de justicia, dado que los usuarios y abogados se sienten en la confianza real, material, lógica y jurídica de propiciar una acción teniendo en cuenta un precedente jurisprudencial.

En ese sentido, considera la apelante que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010, la cual posteriormente fue reformada por otra sentencia de unificación. Siendo así las cosas, se evidencia una inseguridad jurídica puesto que la posición del Consejo de Estado ha cambiado de distintas formas.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, el Consejo de Estado ha determinado en diferente jurisprudencia que, se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, pues debe respetar los precedentes y las leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho correspondiente.

Así las cosas, arguye la actora, que más que estudiar la posibilidad o no, que le asiste de percibir los factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que se debe analizar es cual jurisprudencia se debe aplicar al caso, toda vez que al momento de presentar la demanda estaba claro y se estaba fallando conforme a otra jurisprudencia; indica que tenía la confianza legítima de una sentencia, igualmente que la sentencia de unificación del 2019 no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del 2010, por ende insiste en el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales.

Por otro lado, indica la accionante que el Consejo de Estado ha expuesto que la condena en costas y la fijación de las agencias en derecho no nacen automáticamente contra la parte vencida dentro del proceso, puesto que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de estas. Para imponerlas, se debe analizar si se ha obrado de forma contraria al derecho, con temeridad o de mala fe y solo en caso de hallar demostradas estas circunstancias se condenará en costas.

Indica el accionante que el presente medio de control no se encuentra afectado por vicios como temeridad o mala fe, ya que solo se estaba pretendiendo el reconocimiento de un derecho laboral, el cual estimó la parte demandante podía acceder, conforme a la interpretación normativa expresada en la demanda y estipuladas en la jurisprudencia del Consejo de Estado; aunado a lo anterior, no aparecen probados gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse de un asunto de puro derecho.

Por último, señala que teniendo en cuenta la posición del Consejo de Estado, el artículo 188 del CPACA no atribuyó una obligación de imponer condena en costas y agencias en derecho, puesto que la obligación que de allí se desprende es la de emitir pronunciamiento al respecto, de manera que acorde a la valoración del discurrir del debate procesal resulta válido prescindir de la imposición de la condena en costas.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.⁴

Mediante auto de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.⁵

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante.⁶

La parte accionante en su escrito de alegatos de conclusión señala que, tal como quedó demostrado en el plenario, en el acto de reconocimiento de su pensión de jubilación no le fueron liquidados todos los factores salariales que devengó al año anterior de adquirir el status de pensionada, incluso, las horas

⁴ 04AdmiteRecursoApelación

⁵ 06TrasladoApelación

⁶ 09AlegatosDemandante

extras laboradas durante el periodo 08 de abril de 2016 a 08 de abril de 2017, las cuales se encuentran debidamente acreditadas en el certificado de salarios aportado con la demanda, documento que pone en evidencia que durante los meses de abril a diciembre 2016 y de marzo y abril 2017, acumuló un gran número de horas extras en su trabajo docente, debiendo en tal razón tomarse estas en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

En ese orden, realiza un análisis de las normas y la jurisprudencia que debe ser tomada en cuenta al momento determinar la base de liquidación pensional y precisa que teniendo clara la normatividad existente en cuanto a la pensión de jubilación de los docentes, y para el caso que hoy nos ocupa, se puede inferir que a la demandante le es aplicable el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta este momento.

Por otra parte señala que, que los procesos se iniciaron de buena fe, basados en la confianza legítima en la actividad del estado como administrador de justicia y de la seguridad jurídica, fundamentados en un precedente jurisprudencial vigente; por lo que, con la expedición de una nueva sentencia de unificación se ha creado un escenario confuso, pues por un lado se entiende que se trata de una providencia aplicable a los trabajadores cobijados por el régimen de transición, del cual están exceptuados los docentes, pero en algunos tribunales les han aplicado las reglas allí contenidas, siendo que dentro de las mismas reglas expusieron la excepción que aplica para los trabajadores que pertenecen al Magisterio.

Así las cosas, advierte la apoderada de la parte demandante que no existen presupuestos para desestimar la acción interpuesta, siendo así procedente conceder las pretensiones de la demanda; y en su lugar, condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión de jubilación de la docente María Elena Duarte; ello con la inclusión de todos los factores salariales percibidos al año anterior de haber adquirido el status de pensionada.

Sin embargo, precisa la demandante que teniendo en cuenta la postura actual por parte de muchos despachos judiciales, la cual es negar las pretensiones que recaen sobre la solicitud de la reliquidación de pensión con

la inclusión de los factores salariales adquiridos al año anterior de adquirir el status de pensionado, cuando sobre estos no se realizaron los respectivos aportes o no están enunciados de forma taxativa en la ley, solicita entonces que se ordene la reliquidación de la pensión con la inclusión de las horas extras laboradas al año anterior de cumplir su status pensional, las cuales están acreditadas en el certificado de salarios aportado con la demanda, siendo por ello susceptible de ser incluido en la pensión de jubilación reconocida.

Finalmente como petición subsidiaria, solicita que bajo ningún escenario sea condenado en costas la parte demandante.

6.2. Parte Demandada.⁷

La parte accionada en su escrito de alegatos de conclusión solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que para efectos del reajuste de la pensión de jubilación de la señora María Elena Duarte Barrera, sólo se deben incluir en el ingreso base de liquidación aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y se encuentren taxativos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, lo anterior, en aplicación de la segunda subregla contenida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

⁷ 11AlegatosDemandado

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Determinar si es procedente que el Ministerio de Educación, reliquide la pensión de jubilación de la señora María Elena Duarte Barrera, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme a lo establecido en la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de fecha 26 de agosto de 2010?

¿Establecer si es procedente la condena en costas a la parte demandante en primera instancia?

3. Tesis.

La Sala estima que la jurisprudencia aplicable al asunto bajo estudio es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, la cual dispuso expresamente que constituye un precedente obligatorio para los casos que en la fecha de su expedición se encontraban pendientes de decidir.

Por otro lado, el docente demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque estuvo excluido del régimen general de pensiones y se le debe aplicar de forma íntegra las Leyes 33/85 y 62/85, y por mandato de dichas disposiciones, los factores que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional son aquellos que se encuentren taxativamente en la ley, aunque respecto de ellos no se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones. En este orden, como la

demandante si demostró que devengó horas extras la misma debe ser reconocida.

Por otro lado, en cuanto a las costas procesales, dado a que el A quo no condenó en costas, considera la Sala improcedente pronunciarse respecto de ello; conforme a lo previsto en el artículo 320 del CGP.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la pensión de jubilación de docentes oficiales.

El régimen prestacional aplicable, actualmente a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003⁸, señaló que 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 su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma 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.

⁸ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación-, en su artículo 115º, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso 3º del artículo 6º de la ley 60 de 1993¹⁰, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales **vinculados antes del 27 de junio de 2003**, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el **contenido en la ley 91 de 1989**¹¹.

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1 del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados **a partir del 1 de enero de 1990**,

9 Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se registrará por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

* Artículo 6. (...)

"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(. . .)"

¹¹ Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;...". (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes¹².

A su vez, el numeral 2º literal b)¹³ de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Conforme a lo anterior, a los docentes nacionales y los vinculados a partir del **1 de enero de 1990** les era aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos nacionales -decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78- y los docentes nacionalizados **vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989** estaban cobijados por el régimen territorial es decir la **ley 6 de 1945**.

Lo anterior se mantuvo hasta la expedición de la ley 33 de 1985, la cual unificó el régimen pensional.

Ahora bien, la ley 33 en el parágrafo 2º del artículo 1º consagró un régimen de transición, el cual previo para los trabajadores oficiales que hubieren cumplido **15 años continuos o discontinuos** de servicio a la fecha de su entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la ley 6º de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

¹² "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:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

» "Artículo 15. (...)

En orden a lo expresado, se entiende que a los docentes (nacionales, nacionalizados y territoriales), vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, les es aplicable el régimen pensional general previsto en la ley 33 de 1985, a menos que se encuentren cobijados por el régimen de transición contemplado en esa normatividad.

4.2. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (SENTENCIA DE UNIFICACIÓN)

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁴; en su función unificadora, estableció 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, y sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo."

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual, "en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios".

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" y se subrayó que "*los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación*". **Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.**

5. Caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- ✓ Obra en el expediente la Resolución No. 6404 del 31 de agosto de 2017, proferida por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias, mediante la cual se le reconoce a la accionante Pensión de jubilación, teniendo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, efectiva a partir del 9 de abril de 2015. (01ExpedienteDigitalizado Folios Digitales 20-22)
- ✓ Obra en el expediente formato único para la expedición de certificado de salarios, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que constan los salarios devengados por la docente María Elena Duarte Barrera del 2016 y 2017. (01ExpedienteDigitalizado Folios Digitales 25-26)
- ✓ Obra en el expediente formato único para la expedición de certificado de historia laboral, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que constan que la docente María Elena Duarte Barrera se vinculó al sistema educativo oficial desde el 14 de julio de 1994. (01ExpedienteDigitalizado Folios Digitales 27-29)

5.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub judice, pretende la parte accionante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 6404 del 31 de agosto de 2017 mediante la cual la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena le reconoció a la docente MARIA ELENA DUARTE BARRERA pensión vitalicia de jubilación sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año anterior al retiro definitivo; a título de restablecimiento del derecho, solicita que la entidad demandada le reconozca pensión de jubilación a partir del 9 de abril de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en razón a que, quedó acreditado en el caso de marras que los factores salariales de prima de navidad y prima de servicios no hacen parte de los factores salariales consagrados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985; siendo esto razón suficiente para concluir que no le asiste derecho al accionante a que sean tenidos en cuenta para la liquidación del IBL.

La parte accionante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque y se concedan las pretensiones de la demanda; lo anterior, manifestando que en el presente caso el A quo se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la cual se establece la base de liquidación de las pensiones del personal docente.

No obstante, considera la apelante que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010, por lo que tenía la confianza legítima de una sentencia; igualmente que la sentencia de unificación del 2019 no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del 2010, por ende insiste en el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales deprecados.

Por otro lado, indica la accionante que el Consejo de Estado ha expuesto que la condena en costas y la fijación de las agencias en derecho no nacen automáticamente contra la parte vencida dentro del proceso, puesto que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de estas. Para

imponerlas, se debe analizar si se ha obrado de forma contraria al derecho, con temeridad o de mala fe y solo en caso de hallar demostradas estas circunstancias se condenará en costas.

Siendo así las cosas, aunque las pretensiones de la demanda se denieguen, esto no conlleva de forma automática a que se condene en costas; además, advierte que en el sub judice no están probados los gastos judiciales sufragados por la entidad demandada por tratarse este un asunto de puro derecho y tampoco se acredita la temeridad o mala fe; por lo que solicita que se prescinda de la condena en costas.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

De acuerdo con el material probatorio arrojado al plenario; se tiene que la demandante MARIA ELENA DUARTE BARRERA se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, el 14 de julio de 1994, según se corrobora del certificado de historia laboral, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio visible en 01ExpedienteDigitalizado Folios Digitales 27-29.

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente vinculada desde el 14 de julio de 1994 y adquirió el status de jubilada el 8 de abril de 2017 (01ExpedienteDigitalizado Folios Digitales 20-22); así mismo, que se encontraba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que lo excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenida en la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

Acorde con el contenido de la Ley 91 de 1989, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionalizados se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro.

Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención, la cual dispuso respecto de la pensión de jubilación el *"equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio"*, para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Por lo anterior, se tiene que el régimen pensional aplicable a la accionante es el contenido en la Ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijado por la transición consagrada en tal normatividad.

En cuanto a los factores salariales, la mencionada ley (modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985), dispone que *"la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."*

En ese sentido, tal como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y **que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.**

En este orden, en el sub judice, en la liquidación de la actora, se tuvieron en cuenta: el sueldo básico y la prima de vacaciones; sin embargo, en la presente

demanda, solicita la inclusión de la prima de navidad, prima de servicios y horas extras; respecto de los dos primeros factores, se advierte que no están enlistados en las pluricitadas leyes 33 y 62 de 1985; por lo que no es procedente la reliquidación deprecada con inclusión de los mismos.

Por otro lado, respecto a la inclusión de las horas extras al ingreso base de liquidación pensional, precisa esta Magistratura que dicho factor si esta incluido dentro del listado señalado en el **artículo 1° de la Ley 62 de 1985**, no obstante, no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensiones sobre las horas extras, debió hacerlo por mandato legal; y por ello se dispondrá incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y reliquidar su pensión de jubilación y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes sobre dicho factor, se deberá descontar del valor de la condena la suma que correspondía al docente con destino al FOMAG.

Por lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia apelada, pues si bien resulta improcedente la reliquidación de la pensión del demandante incluyendo en el IBL todos los factores salariales devengados durante el año de servicios previo a la adquisición del estatus pensional, se demostró que había recibido **horas extras** durante ese periodo, factor salarial que debe ser incluido en el IBL a la luz del artículo 1° de la Ley 62/85.

Por otro lado, en cuanto a lo manifestado por la parte demandante sobre las costas procesales, observa la Sala que en primera instancia no se condenó en costas, sin embargo, en el recurso de apelación el demandante aduce que no se debió ordenar la condena en costas.

Teniendo en cuenta lo anterior y conforme a lo establecido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado, la sustentación del recurso de apelación está sometida *“a un contenido de suficiencia que asoció exclusivamente a la concreción de las razones de inconformidad del apelante respecto de la providencia objeto del recurso”*¹⁵; es decir el recurso de apelación debe obedecer al principio de congruencia; en el sentido de que

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718)

el mismo se entiende presentado en lo que afecte los intereses del sujeto procesal que lo interpone; como se infiere del artículo 320 del CGP.

En ese sentido, frente a la incongruencia que presenta el recurso en cuanto a la condena en costas; la Sala se relevará de pronunciarse sobre ello.

De la prescripción de los derechos laborales.

Ahora bien, resulta procedente estudiar lo relacionado con el tema de la prescripción de los derechos reconocidos, teniendo en cuenta que es una excepción que también puede ser declarada de oficio por la Sala, toda vez que se trata de una excepción que ataca el derecho sustancial reclamado de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

Advierte la Sala que, mediante Resolución No. 1055 del 03 de abril de 2007 notificada el 12 de abril de 2007 fue reconocida pensión de jubilación al actor, posteriormente fue reliquidada dicha pensión por el retiro definitivo del actor mediante la **Resolución No 6404 del 31 de agosto de 2017**, y la demanda se presentó el **21 de febrero de 2019**, de tal manera que a juicio de esta corporación, no operó la prescripción de las mesadas pensionales.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el presente caso el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue resuelto en forma parcialmente favorable, por lo cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, la cual quedará así:



“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No 6404 del 31 de agosto de 2017**, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la señora **MARIA ELENA DUARTE BARRERA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena **1)**. A la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación de la señora **MARIA ELENA DUARTE BARRERA**, incluyendo una base de liquidación del 75% del promedio de los factores salariales cotizados durante el último año de servicio, teniendo en cuenta además del sueldo básico y la prima de vacaciones, **las horas extras** **2)**. Se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia, a partir del 09 de abril de 2017.

TERCERO: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberá descontar de las sumas derivadas del numeral 1) del artículo primero de esta sentencia, los aportes correspondiente a los factores salariales cuya inclusión se ordena, siempre y cuando sobre estos no se hubieren practicado el descuento legal devengados el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, en el evento en que no hayan sido objeto de aportes; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

Índice Final

$R = Rh$ -----

Índice Inicial

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

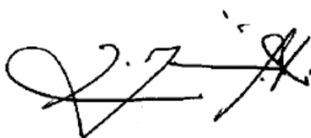
QUINTO. Se deniegan las demás pretensiones.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA