Cartagena de Indias D. T. y C., Catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2017-00023-01
Demandante	ISIDORA PAJARO FERIA
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Tema	Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al status pensional-IBL
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia oral de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

> *"1. Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 04-7313 del 10 De Diciembre De 2012 por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ser con la determinación de la cuantía de la meada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.*
>
> *2. Declarar la nulidad del Acto Ficto configurado el día 15 De Octubre De 2015, frente a la petición presentada el día 15 De Julio De 2015, mediante la cual se le niega a mi representado (a) la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio a cumplimiento del status de pensionado (a).*
>
> *3. Declarar que a mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES*

SOCIALES DEL MAGISTERIO- (VINCULADO EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR) por tener interés en las resueltas del proceso), le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 16/09/12 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 pensionad (sic) (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
(...)"

1.2. HECHOS

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

- Se aducen como hechos de la demanda que la señora ISIDORA PAJARO FERIA laboró por más de veinte (20) años al servicio de la docencia oficial.

- Que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento a través de la Resolución No 04-7313 Del 10 De Diciembre de 2012, incluyó solo la asignación básica, prima de vacaciones, horas extras, prima de grado, prima de escalafón, prima de alimentación y prima de clima, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de servicios 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. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Ley 33 de 1985
- Ley 91 de 1989

Se aduce que se debe declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandad, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento de pensión ordinaria de la accionante, omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado (a) para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones legales y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales por la máxima autoridad contenciosa administrativa.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 62-63)

Mediante sentencia oral de fecha 22 de agosto de 2017, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

El A quo declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 04-7313 del 10 de diciembre de 2012, por medio de la cual se le reconoció a la señora ISIDORA PAJARO FERIA pensión de jubilación en lo atinente a la determinación de la cuantía de la mesada pensional, igualmente, declaró la nulidad del acto administrativo ficto presunto configurado el 15 de octubre de 2015, frente a la petición presentada por la demandante el día 15 de julio de 2015, que tenía por objeto la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

Por lo anterior, ordenó a pagar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar y pagar la pensión de jubilación vitalicia reconocida a la actora incluyendo en ella todos los factores salariales de creación legal devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición de status pensional, es decir, incluyendo para tal efecto además de la asignación básica, los valores percibidos por concepto de auxilio de movilización, prima de actividad y prima de vacaciones de docente.

3. LA APELACIÓN (fs. 64-66)

En el escrito de apelación presentado por la parte demandante, se solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia; aduce que en el fallo no se optó por parte del juez en primera instancia ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los factores salariales demostrados en el curso del proceso.

Dicha objeción recae exclusivamente sobre las horas extras laboradas por la accionante y que no fueron tomadas en cuenta al momento de dictarse fallo por parte de juez, toda vez que solo se ordena la reliquidación de la pensión incluyendo el auxilio de movilización, prima de navidad y prima de vacaciones, no haciendo referencia a las horas extras.

Manifiesta que el Consejo de Estado en diversas sentencias, incluso de unificación ha establecido que la pensión de jubilación debe ser liquidada con todos aquellos factores que no se tomaron en cuenta y que fueron

devengados por el actor en su último año de servicios, que en el sub examine l actora adquirió su status pensional en el año 2012, y laboró horas extras en el año 2011 en los meses de agosto, noviembre y diciembre.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 10 de octubre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 12 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 18 de enero de 2019 (f. 17 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE (fs. 21-37)

La parte demandante presentó alegatos de conclusión dentro del trámite de la segunda instancia, haciendo una síntesis normativa del caso en concreto y solicitando la inclusión de todos los factores salariales percibidos al año anterior de haber adquirido el status de pensionado.

5.2 PARTE DEMANDADA

No presentó escrito de alegaciones en el curso de la segunda instancia.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, no presentó escrito de alegaciones en el curso de la segunda instancia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Una vez analizada la demanda, la Sala encuentra que el problema jurídico central, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

> *¿Tiene derecho el demandante, en calidad de docente, a que se reliquide su pensión de jubilación, con base en el 75% del salario promedio mensual devengado durante el año anterior al adquirir el status de pensionada, con inclusión del factor salarial por concepto de horas extras?*

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se revocará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se confirmará.

3. TESIS

Precisa la Sala que como la garantía de la *reformatio in pejus* impide que a esta apelante única se le modifique o reforme lo que en materia de reliquidación de la pensión de jubilación le fue favorable en la primera instancia, la Sala confirmará el fallo apelado de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones aquí expuestas, en el sentido de negar la reliquidación salarial de la pensión de jubilación de la actora con inclusión del factor salarial por concepto de horas extras, lo anterior por cuanto no se acreditó que haya cotizado sobre dicho factor salarial.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado debe la Sala determinar cuáles son las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en su calidad de docente.

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 parágrafo 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 2003[1], 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 pensiónales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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 115[2], 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 1993[3], preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o

---

[1] Porta cual se *aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario*"

2 Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá 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.* (...)

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**[4]**.**

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,** 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 vigentes[5].

"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 deremuneraciones. 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.
(.••)"

[4] 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))

[5] "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
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 lo. 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."

A su vez, el numeral 2º literal b)[6] 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.

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 Estado, en su función unificadora, en reciente fallo[7] acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales

---

» "*Artículo 15. (...)*

[7] 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).

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*".

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.**

4.3 Del recurso de apelación y el principio de *non reformatio in pejus*.

En desarrollo del principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 Constitucional, el cual indica que "*toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la Ley*", los usuarios tienen la posibilidad de controvertir las decisiones del Juez de primera instancia, a fin que se dé una segunda revisión a la problemática planteada, y así al aumentar el espectro de los sujetos con conocimiento de la causa petendi, se amplía por ende la posibilidad de una decisión más pensada, analizada, revisada, concienzuda y ajustada a Derecho.

En ese orden, se precisa que el examen procesal de la segunda instancia es distinto al adelantado por el *A – quo*, pues éste último puede extender su decisión a todo lo pedido por la demandante y lo objetado por el demandado, siendo esos los elementos que intervienen al "trabar la litis", constituyéndose en los límites del análisis fáctico, normativo y probatorio del Juez de primera instancia, mientras, que el ámbito de conocimiento del *Ad quem* es mucho más reducido, pues se encuentra delimitado por los argumentos del recurrente, de tal suerte que el operador judicial de segunda instancia sólo puede revocar, modificar o confirmar el fallo atacado, con base en lo esbozado por la parte apelante.

Por otro lado, el Principio de *"non reformatio in pejus"* es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que *"el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único."* En atención a la posición actual de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia *"lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum*[8]*"*

Por su parte, también se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

[8] Consejo de Estado, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060

i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas.

ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... aun cuando fuere desfavorable al apelante" (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)[9]

Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.[10]

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

Del material probatorio allegado al expediente, se tienen como probados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

5.1.1 Mediante Resolución No. 04-7313 del 10 de diciembre de 2012, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Bolivar, en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo

[9] Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 23 de abril del 2009, expediente: 17160 y de 20 de mayo de ese mismo año, expediente: 16.925

[10] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155)

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora ISIDORA PAJARO FERIA, en cuantía de $1.978.260.00 (fs. 18-19), efectiva a partir del 16 de septiembre de 2012.

5.1.2 Acorde con la información contenida en el certificado de salario expedido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MAGANGUE de fecha 5 de mayo de 2015, la demandante durante el año anterior al que adquirió su estatus de pensionada, esto es entre septiembre de 2011 a septiembre de 2012 devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones docentes y prima de grado y horas extras (Fl. 20-21).

5.1.3 Que el día 15 de julio de 2015, la señora ISIDORA PAJAR FERIAELTRÁN actuando a través de apoderada judicial, solicitó ante la entidad accionada, la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al haber adquirido sus status de pensionada; no obstate el mismo no fue contestado por la entidad accionada (fs. 15-17).

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Advierte la Sala que el principio de la *reformatio in pejus* impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único, como en el sub examine, principio éste que admite como excepción, además del evento en "*que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella*", aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte que no apeló o decretarse de oficio la nulidad absoluta del contrato.

Esta garantía, constitucional, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra.

Así que entonces, el principio de la *reformatio in pejus* muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable.

En conclusión, en la *reformatio in pejus,* las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se encuentra que se trata del recurso de alzada de la demandante quien es una apelante única que obtuvo una consecuencia parcial de las personas.

Por consiguiente aquello que le fue favorable en la primera instancia, con razón o sin razón, resulta ahora inmodificable pues lo impide la garantía de no poder reformarse la sentencia en perjuicio del apelante único; es decir, la nulidad de los actos administrativos demandados y la condena en contra del demandado se volvió inmutable y definitiva desde que la entidad accionada no la impugnó y por consiguiente esta Corporación no puede revisarla.

Así las cosas, es preciso dejar por sentado que el análisis en esta segunda instancia, se centrará únicamente en lo expuesto por la parte accionante al interponer su recurso, en el sentido de determinar si la actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión del factor salarial por concepto de horas extras, el cual fue omitido en la sentencia recurrida por el fallador en primera instancia.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que la señora ISIDORA PAJARO FERIA se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 3 de mayo de 1991, según se corrobora de la Resolución No. 04-7313 del 10 de diciembre de 2012 de reconocimiento pensional expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Bolivar. (Fl. 18)

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente de vinculación MUNICIPAL CON RECURSOS PROPIOS vinculada desde el 3 de mayo de 1991 y adquirió el status de jubilado el 15 de septiembre de 2012, fecha en la que cumplió con 55 años de edad y 20 años de servicios, y se encontraba afiliada 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 la 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 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 cobijada por la transición consagrada en tal normatividad.

En cuanto a los factores salariales, la mencionada ley (modificado por el artículo 1° 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 consecuencia de lo anterior, de lo probado en el proceso tenemos que la actora durante el año anterior al **15 de septiembre de 2012**, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones docentes y prima de grado y **horas extras** de conformidad por la

certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Bolivar (Fl. 20-21) sin embargo no se acreditó que la demandante haya cotizado sobre los factores salariales alegados, incluyendo las horas extras, toda vez que en dicha certificación solo establecen los factores "devengados", razón por la cual no es posible para la Sala determinar si la accionante realizó cotización o aportes respecto del mismo.

En este orden, como la garantía de la *reformatio in pejus* impide que a esta apelante única se le modifique o reforme lo que en materia de reliquidación de la pensión de jubilación le fue favorable en la primera instancia, la Sala confirmará el fallo apelado de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por tas razones aquí expuestas, en el sentido de negar la reliquidación salarial de la pensión de jubilación de la actora con inclusión del factor salarial por concepto de horas extras.

6. Condena en Costas

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.

No obstante que en el presente caso la parte demandada resulta vencida en esta instancia, la Sala no le impondrá condena en costas, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

Dado que la falta de prosperidad de la demanda se produjo con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo condenar al demandante 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.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia oral de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora ISIDORA PAJARO FERIA, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS **JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**