

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-0002-2017-00137-01
Demandante	ADALIDES RAFAEL PÉREZ TEJEDA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
TEMA	Reliquidación de pensión de jubilación - docente
Magistrada Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA¹

3.1.1. PRETENSIONES²

¹ Fl. 1-13.

² Fl. 2-3.

PRIMERO: Que se declare nulidad parcial de la Resolución No. 04-1486 del 26 de agosto de 2013, a través de la cual se reconoció pensión de jubilación a su favor y, la nulidad del acto ficto configurado el día 28 de enero de 2017, mediante el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de reliquidación pensional que presentó el 28 de octubre de 2016.

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados, se ordene a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión de jubilación, a partir del 22 de agosto de 2012, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de servicio y en la que se incluyan todos los factores salariales devengados. De igual manera deberán cancelarle las diferencias que resulten entre el valor de la pensión reliquidada y el valor inicial de la pensión reconocida.

TERCERO: Que se condene al FOMAG al pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina y que, el incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

CUARTO: Que los valores que resulten en la sentencia sean ajustados en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Que la sentencia se ejecute en la forma y términos que consagra en inciso tres del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA.

SEXTO: Que se condene en costas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.1.2. HECHOS³

Que el señor Adalides Rafael Pérez Tejeda laboró más de 20 años como docente oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley, para que le

³ Fl. 3-4.

fuera reconocida pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

Señala que a través de la Resolución No. 04-1486 del 26 de agosto de 2013 se le reconoció pensión de jubilación, sin embargo, solo se tomó como base de liquidación pensional 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, la prima de servicios y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El demandante señaló como violadas las siguientes disposiciones:

Ley 91 de 1989: Artículo 15.

Ley 33 de 1985: Artículo 1.

Ley 62 de 1985.

Decreto 1045 de 1978.

Se vulneraron las normas referidas, porque al demandante se le debe reconocer la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional. Además, aplicando la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se señaló que se deben incluir todos los conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios, porque no deben considerarse taxativos sino meramente enunciativos.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Pese a estar debidamente notificada⁴, no ejerció su derecho de defensa y contradicción.

⁴ Fl. 95.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵.

Mediante sentencia dictada en audiencia inicial, celebrada el 20 de junio de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes razones:

Sostuvo que la vinculación del actor se hizo antes de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, por lo que en la resolución que reconoció su pensión de jubilación se tuvo en cuenta, además de la asignación básica, el auxilio de movilización, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones.

Señaló el Juez de primera instancia que, si bien se probó que el actor devengó prima de navidad, lo cierto es que los últimos factores salariales no se encuentran consagrados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, motivo por el cual, las pretensiones de la demanda se negaron, de acuerdo a la nueva posición del Consejo de Estado en sentencia de unificación que establece que, si los factores reclamados no están taxativamente señalados en la ley como factores de salario, no pueden tenerse en cuenta para liquidar el monto de la pensión.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.

3.4.1 DEMANDANTE⁶

Sostuvo que la decisión apelada es improcedente, pues se basa en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente.

Manifestó que, una vez el Consejo de estado profirió sentencia se unificación en fecha 26 de agosto de 2010, en donde permitió a los docentes el reconocimiento de la pensión de jubilación con todos los factores salariales, presentó solicitud administrativa y luego demanda judicial, para que sus derechos fueren, por vía judicial, reconocidos.

⁵ Fl. 105-108.

⁶ Fl. 135-145.

Señaló que lo anterior se llama confianza legítima en la administración de justicia, siendo deber del operador judicial, observar qué precedente jurisprudencial es el aplicable al caso, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales vigentes al momento de la presentación de la demanda, para así evitar la inseguridad jurídica que generan los cambios continuos de la jurisprudencia, como el ocasionado por la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, en donde se contradice cabalmente lo que el mismo órgano de cierre había dispuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

En ese orden, expuso que el reciente pronunciamiento vulnera los derechos fundamentales de quienes presentaron la demanda con vigencia del antiguo precedente y que, por motivos de congestión judicial, no les ha sido resuelta. Por lo anterior, solicitó que, en esta instancia procesal, el Ad quem determine qué criterio jurisprudencial se debe aplicar al caso concreto, teniendo en cuenta el momento de radicación de la demanda.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 27 de febrero de 2020. En esa misma providencia- previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso-, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fl. 4 cdno segunda instancia).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia apelada⁷; y como consecuencia de lo anterior, sean concedidas las pretensiones de la demanda, como quiera que el acto administrativo demandado no se encuentra ajustado a derecho, debido que, en él se vulnera lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remire al Decreto 1045 de 1978, el cual estipula, que al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, se debe tener en cuenta todos los factores salariales enunciados en el decreto, para efectos de determinar la cuantía de la pensión.

⁷ Fl. 8-14 cuaderno segunda instancia.

Así las cosas, reiteró el fundamento normativo de la demanda y del recurso de apelación, en cuanto al criterio jurisprudencial aplicable a su caso y la normatividad que regula la materia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, o impidan proferir decisión de fondo, se procede a dictar sentencia.

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 conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. CUESTIÓN PREVIA

Conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público, en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

En el presente caso, no se seguirá el turno correspondiente de sentencia, en atención a la naturaleza laboral y de seguridad social debatida en el

proceso y a la situación o condición médica que ha expuesto el demandante.

3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: *¿Se debe revocar, confirmar o modificar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda?*

Específicos:

¿El señor ADALIDES RAFAEL PÉREZ TEJEDA se vinculó como docente con antelación o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

Con fundamento en la respuesta al anterior interrogante:

¿Cuáles son los factores salariales que se deben incluir para calcular el IBL de su pensión de jubilación?

4. TESIS

La Sala confirmará la sentencia apelada, teniendo en cuenta que, el actor se vinculó con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo tanto, los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, son aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes y que se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Conforme esta regla, la Sala confirmará la sentencia recurrida, puesto que la prima de navidad, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones, no están incluidas dentro de los factores enlistados en el citado artículo y tampoco se probó que sobre el mismo hubiese efectuado los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver dichos planteamientos, se tendrá en cuenta la sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019.

5.1. Fijación de la Regla Jurisprudencial en torno a los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial.

Determinó la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

En lo atinente a 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, fijó la siguiente regla:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia SUJ-014-CE-S2-19 del 25 de abril de 2019, radicado: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17).

- **“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”.**

En resumen, se estableció en la citada sentencia de unificación que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

5.2. Efectos de la sentencia de unificación.

Estableció la Sala Plena del Consejo de Estado que las reglas jurisprudenciales fijadas en dicho pronunciamiento se deben acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos probados

Del acto administrativo demandado y de los demás documentos obrantes en el expediente se determina⁹:

5.6.1.1. El demandante nació el 21 de agosto de 1957. Se incorporó al servicio docente el 17 de marzo de 1981 hasta el 21 de agosto de 2012, cuando cumplió los requisitos para acceder a la pensión. Esta información se desprende de la resolución de reconocimiento.

5.6.1.2. A través de la Resolución No. 04-1486 del 26 de agosto de 2013, se le reconoció al señor Adalides Rafael Pérez Tejeda, una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 22 de agosto de 2012, por prestar sus servicios como docente nacional en la Institución Educativa de Calamar - Bolívar.

En el mismo acto, se señaló que la mesada pensional *"corresponde al 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el docente durante el último año de servicio anterior al status"*.

- Los factores de liquidación tenidos en cuenta fueron los siguientes:
 - Asignación básica
 - Auxilio de movilización
 - Prima de clima
 - Prima de escalafón
 - Prima de grado
 - Prima de vacaciones

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, según consta a folio 22-23 del expediente:
 - Asignación básica
 - Auxilio de movilización
 - Prima de clima
 - Prima de escalafón

⁹ Folios 19-25

- Prima de grado
 - Prima de navidad
 - Prima de vacaciones docente
- El valor de la pensión se calculó en \$1.972.662.

5.6.1.3. Obra a folio 17-18 del expediente, solicitud de reliquidación presentada por el actor ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que pide la reliquidación de su pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio del salario y con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Teniendo en cuenta que el demandante se vinculó al servicio oficial docente, el 17 de marzo de 1881, es decir con anterioridad a la Ley 812 de 2003, la Sala concluye que tendría derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985¹⁰, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Por lo precedente y de conformidad con la regla fijada en la sentencia de Unificación del H Consejo de Estado que se citó en el marco jurídico de esta providencia, para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta son los consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y siempre que sobre los mismos hubiese efectuado los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social.

Al respecto y de acuerdo a lo probado en el plenario, la Sala pudo determinar que, al señor Adalides se le reconoció pensión de jubilación mediante la Resolución No. 04-1486 del 26 de agosto de 2013, en la cual se tuvo como factores para liquidarla, la asignación básica, auxilio de movilización, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones, que si bien devengó en el último año de servicio prima de navidad, esta no fue tomada en cuenta como factor para liquidar la pensión.

Ahora bien, conforme lo anterior y de acuerdo a la regla fijada en la sentencia de unificación citada, la Sala concluye que el señor Adalides

¹⁰ El actor consolidó su estatus el 21 de agosto de 2012, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.

Rafael Pérez Tejeda, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación lo devengado por concepto de auxilio de transporte, prima de navidad, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones, toda vez que no están enlistadas dentro de los factores que prevé la Ley 62 de 1985 como base para calcular los aportes y tampoco probó que sobre los mismos hubiese efectuado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En conclusión, se confirmará la decisión adoptada por el A quo, conforme a la regla jurisprudencial establecida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, la cual es afín a la forma como se debe liquidar la pensión de los docentes.

5.7. Costas en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que, *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Con fundamento en la integración normativa que dispone el citado artículo 188 del CPACA, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone en el numeral 1º que se condenará en costas, a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida en el proceso, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha 20 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena.

SEGUNDO: No condenar en costas de segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

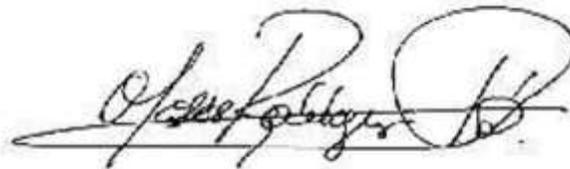
LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado