

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-003-2018-00126-01
Demandante	Heberto Enrique Coneo Mercado
Demandado	Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
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 16 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

Pretende el demandante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 8684 del 1º de noviembre de 2016, por medio de la cual se le reliquidó

¹ Fl. 2-3

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

por retiro definitivo la pensión de jubilación, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, ya que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

A título de restablecimiento del derecho, solicita (i) que se condene a la entidad demandada que le reconozca y pague, una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 13 de julio de 2016 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 estatus jurídico de pensionado; (ii) que sobre el monto inicial de la pensión reconocida se apliquen los ajustes de ley; (iii) que se efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina; (iv) que se reconozcan y paguen los intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

3.1.2. HECHOS²

Afirma el demandante que a través de la Resolución No. 8684 del 1º de noviembre de 2016, se reliquidó su pensión de jubilación por retiro definitivo, sin embargo, solo se tomó como base de liquidación pensional la asignación básica y prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta 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.

² Fl. 3.

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

Como concepto de la violación, sostuvo que 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 estatus pensional. Además, se debe aplicar 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 notificada³, no ejerció su derecho de defensa y contradicción.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

Mediante sentencia de fecha 16 de septiembre de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes razones:

Fundamentó su decisión en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y con base en ella concluyó, en primer lugar, que la pensión jubilación del demandante se encuentra cobijada por las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, atendiendo a que se vinculó a la docencia oficial el 26 de julio de 1984. Por lo tanto, su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el último año de servicio de siempre y cuando estén enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

En ese sentido, precisó que la prima de servicios, cuya inclusión se solicita, no está enlistada en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, razón suficiente para

³ Fl. 49 - 53.

⁴ Fl. 105-108.

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

concluir que no le asiste derecho a la parte accionante a que sea tenido en cuenta para la liquidación del IBL; ni reposa en el expediente ningún elemento de juicio que acredite que el accionante efectuó aportes a pensión respecto otro emolumento diferente a los computados por la entidad en el acto administrativo demandado.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, cuestionando que esta se fundamentara en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, en donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente. Ello, por cuanto, la solicitud administrativa fue presentada bajo la sentencia de unificación fecha 4 de agosto de 2010, en donde permitió a los docentes el reconocimiento de la pensión de jubilación con todos los factores salariales.

En ese sentido, considera que en virtud de la confianza legítima en la administración de justicia, es 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.

Adicionalmente, 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.

⁵ Folios 70 - 80.

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

Que se debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de modo que es evidente que los docentes vinculados a dicho fondo con anterioridad al 27 de junio de 2003 aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto de fecha 26 de octubre 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. 159).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

3.6.1. Parte demandante

No presentó alegatos.

3.6.2. Parte demandada⁶

Solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, para efectos de la liquidación de la pensión del docente Heberto Coneo Mercado, deben tomarse solo los factores taxativos del art.3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el art.1 de la Ley 62 de 1985.

3.6.3. Ministerio Público

No rindió concepto.

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

⁶ Folios 162 - 166.

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

Contencioso Administrativo-CPACA, en desarrollo de las etapas procesales de la 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

En la actualidad, el Despacho tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigirá su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva *“entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”*.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la pensión de jubilación de un docente con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

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 Heberto Enrique Coneo Mercado 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 el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación, factores salariales diferentes a los efectivamente reconocidos por la entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional, toda vez que, la prima de servicios no está incluida 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

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

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 Estado⁷, que de acuerdo con el párrafo 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:

⁷ 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).



Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

- **“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 relevantes probados

Del acto administrativo demandado y de los demás documentos obrantes en el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para decidir:

5.6.1.1. El demandante nació el 10 junio de 1951⁸. Se incorporó al servicio docente el 31 de julio de 1985, hasta el 13 de julio de 2016, fecha en la que se efectuó su retiro del servicio⁹.

5.6.1.2. A través de la Resolución No. 8684 del 1º de noviembre de 2016, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor Heberto Enrique Coneo Mercado mediante Resolución No. 448 del 26 de febrero de 2007¹⁰, a partir del 13 de julio de 2016, como docente de vinculación nacionalizado¹¹.

En el mismo acto, se señaló que la mesada pensional “*corresponde al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio*”. Los factores de liquidación que se tuvieron en cuenta fueron los siguientes:

- Asignación básica
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones

5.6.1.3. Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, según consta a folio 22 del expediente:

- Asignación básica
- Prima de navidad
- Prima de servicios

⁸ Como consta en la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 23.

⁹ Así se desprende de la resolución por la cual se reliquidó la pensión al demandante (fl. 16 - 17).

¹⁰ Folios 19 - 21.

¹¹ Folios 16 - 17.

- Prima de vacaciones docentes

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 31 de julio de 1984, 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 1985¹², 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 Heberto Enrique Coneo Mercado le fue reliquidada su pensión de jubilación mediante la Resolución No. 8684 del 1º de noviembre de 2016, en la cual se tuvieron como factores para liquidarla, la asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones; que si bien devengó en el último año prima de servicios, esta no fue tomada en cuenta como factor para liquidar la pensión.

Conforme lo anterior y de acuerdo a la regla fijada en la sentencia de unificación citada, la Sala concluye que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación, factores salariales diferentes a los efectivamente reconocidos por la entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional, toda vez que, la prima de servicios, que fue devengada y no incluida en la liquidación, no se encuentra enlistada dentro de los factores que prevé la Ley 62 de 1985 como base para calcular los aportes; y tampoco probó que sobre esta se hayan efectuado aportes al

¹² El actor consolidó su estatus el 21 de agosto de 2012, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

Sistema de Seguridad Social en Pensiones sobre factores distintos a los que se tuvieron en cuenta.

En conclusión, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, 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 atinente a la forma como se debe liquidar la pensión de los docentes.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de la referida sentencia de unificación al caso concreto, advierte la Sala que en la misma providencia la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó que las reglas jurisprudenciales allí fijadas se debían 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. En consecuencia, le asistió razón a la A quo en la aplicación de la referida sentencia al caso concreto.

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

Rad. 13001-33-33-003-2018-00126-01

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 primera instancia, por las razones expuestas.

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.

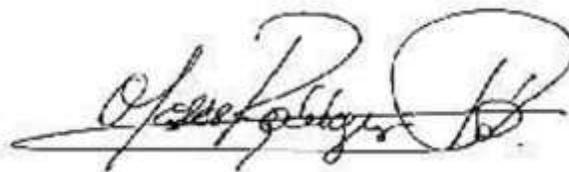
LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado