

Cartagena de Indias D.T y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

| | |
|---------------------------|--|
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-012-2018-00130-01 |
| Demandante | EVERLIDES MARIMÓN TRESPALACIOS |
| Demandado | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. |
| Tema | <i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.- Confirma sentencia apelada.</i> |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante², contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de junio de 2019³, por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

2.1. 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, exigiría 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

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Fols. 280-290 cdno 1

³ Fols. 267-276 cdno 1

13-001-33-33-012-2018-00130-01

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.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵

"3. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución N° 2473 Del 06 De Julio De 2007, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación por invalidez en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado(a).

4. Declarar que mi representado(a) tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación por invalidez, a partir del 01 De Agosto De 2007 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).

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

7. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL 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 por invalidez , a partir del 01 De Agosto De 2007 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al cumplimiento en que adquirió el status jurídico, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado..

8. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL 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.

9. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL 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 Folio. 1-13 cdno 1

⁵ Folio. 2-3 cdno 1



13-001-33-33-012-2018-00130-01

10. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL 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.

11. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL 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 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

12. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso)".

3.1.2 Hechos⁶

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifestó que, laboró en la docencia oficial por más de 20 años, por lo que, al cumplir con los requisitos legales le fue reconocida una pensión de invalidez por parte de la entidad demandada, a través de la Resolución No. 2473 del 6 de julio de 2007.

En dicho acto administrativo, solo se le tuvo en cuenta la asignación básica, omitiendo la prima de navidad, y la prima de vacaciones, y demás factores recibidos en el último año de servicios.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 66 de 1985, y Decreto 1045 de 1978.

Expone, que la disposición normativa contenida en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, definen las pautas que deben tenerse en cuenta, para determinar el régimen prestacional aplicable a los docentes, tomando como referencia, la fecha en la cual el empleado fue vinculado al servicio educativo estatal; en ese orden de ideas, si su vinculación fue anterior a la vigencia de esta ley, su

⁶ Fol. 3-4 cdno 1



13-001-33-33-012-2018-00130-01

régimen prestacional es el contemplado en la Ley 91 de 1989, pero si fue posterior, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 100 de 1993.

Sostiene, que en el caso *sub examine*, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 91 de 1989, razón por la cual, debe tenerse en cuenta la Ley 33 de 1985 para liquidar la pensión de la demandante. De acuerdo con la norma anterior, para adquirir la pensión, el docente debe acreditar 20 años de servicio y 55 años de edad; y, la misma, debe calcularse sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes; por lo expuesto, no puede entenderse que los factores salariales para calcular la pensión docente son taxativos, puesto que con base en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, deben incluirse en la base de liquidación todos los factores devengados en el último año de servicios.

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1. Distrito de Cartagena⁷

Manifestó que, en cuanto a los hechos no se omitieron factores algunos, por lo que no hay lugar al restablecimiento de los derechos, por cuanto la liquidación se realizó conforme a las normas vigentes.

Señaló que el criterio desarrollado por las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y 71 de 1988 aún se mantienen, es más, la Ley 812 de 2003 reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 aplica estas directrices en su artículo 3º, que reza: "*Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente*". Así mismo señalan que el Decreto 2341 de 2003 reglamentario de la Ley 812 de 2003 asumió para los docentes afiliados al Fondo, los mismos ingresos base de liquidación de aportes o cotización tenidos en cuenta por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Frente al fondo del asunto, sostuvo que el acto acusado no viola las disposiciones invocadas por la actora y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debía fundarse. Adujo que, no tiene derecho al reconocimiento de reliquidación de su pensión de invalidez por la no inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica. Para la Ley 62 de 1985, son factores salariales para liquidar la pensión de invalidez, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras,

⁷ Fols. 91-99

13-001-33-33-012-2018-00130-01

bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) Buena fe, (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva, (iii) Inexistencia del derecho reclamado por la demandante, (iv) Expedición regular del acto cuya nulidad se impetra y (v) Excepciones innominadas.

3.2.2. Ministerio de Educación-FOMAG⁸

Dio contestación a la demanda de manera extemporánea⁹.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁰

Por medio de providencia del 28 de junio de 2019, la Juez Doce Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovió la señora EVERLIDES MARIMON TRESPALACIOS, a través de apoderado, contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.”

Como sustento de su decisión, el A-quo, indicó que la actora durante el último año anterior a adquirir el estatus de pensionada, devengó i) asignación básica, ii) prima de navidad y, iii) prima de vacaciones.

Adujo que, a partir de las pruebas allegadas al plenario la señora Everlides Marimón Trespalcacios, ingresó al servicio docente desde el 12 de mayo de 1994 (f. 214), es decir, que se vinculó antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y que durante el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 2006 al 7 de febrero de 2007 año anterior al cumplimiento del status de pensionada, no solo devengó sueldo básico, sino también prima de vacaciones y prima de navidad, no es menos cierto que dichos factores, no son de aquellos que deban ser tenidos en cuenta para el reconocimiento pensional, pues no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. En este orden de ideas, la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Educación — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la demandante mediante Resolución No. 2473 del 6 de julio de

⁸ fols. 123-134 cdno 2

⁹ ver folio 268 cdno 2

¹⁰ Fols. 267-276 cdno 2

13-001-33-33-012-2018-00130-01

2007, no puede ser reliquidada con la inclusión de los factores salariales relacionados con anterioridad.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN¹¹

La parte demandante presentó recurso de apelación en el asunto de marras, aduciendo que la sentencia del 25 de abril de 2019 no le resulta aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales fueron exceptuados por la Ley 91 de 1989, toda vez que al momento de la interposición de la demanda se encontraba vigente el precedente del año 2010.

Indica que, si bien el funcionario está obligado a pagar los correspondientes aportes sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación de la base de liquidación de su pensión, ocurre que si esta obligación no se cumple por cualquier motivo ello no da origen a que se niegue la inclusión de dicho factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad haga los descuentos correspondientes; por lo que el hecho de que la administración no haya descontado dichos aportes sobre algunos factores, no impide su reconocimiento, omisión que es atribuible al empleador.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 16 de octubre de 2019¹², por lo que 02 de marzo de 2020 se procedió a admitirla¹³, y se corrió traslado para alegar el 05 de octubre de 2020¹⁴.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹⁵: La parte accionante presentó escrito de alegatos ratificándose en los hechos de la demanda y el recurso de alzada.

3.6.2. Parte demandada¹⁶: Presentó escrito de alegatos, solicitando se confirme la sentencia de primera apelada.

3.6.3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁷: Manifestó que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableció que en las

¹¹ Folio 280-290 cdno 2

¹² Folio 2 cdno 3

¹³ Folio 4 cdno 3

¹⁴ Folio 8 cdno 3

¹⁵ Folio 9-13 cdno 3

¹⁶ fols. 14-17 cdno 3

13-001-33-33-012-2018-00130-01

liquidaciones solamente deben tenerse en cuenta aquellos factores sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes. Agregó que, dicha sentencia tiene carácter vinculante conforme lo establecido por la Corte Constitucional mediante providencia C-816/2011, por lo que la SU es obligatoria para aquellos asuntos pendientes en la jurisdicción.

3.6.4. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho la señora EVERLIDES MARIMON TRESPALACIONES a la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

Adicionalmente, deberá estudiarse:

¿Si en el caso concreto, resulta aplicable la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala encuentra que, en el caso concreto la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de la adquisición del estatus,

17 fols. 19-26 cdno

13-001-33-33-012-2018-00130-01

toda vez que, el precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, determinó que, a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, solo deben reconocérsele los factores señalados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión, o aquellos factores sobre los cuales la norma establezca que se deben hacer los descuentos para aportes obligatorios a pensión.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹⁸.

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia así como la primera subregla, *“no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”*.

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹⁹.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

5.4.2 Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

¹⁸ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁹ *Ibídem*.

El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”. (Subrayado fuera del texto)

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

“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.”

5.4.3 Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

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:





13-001-33-33-012-2018-00130-01

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen 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 (...)

El literal B del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º señala:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Entonces, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, referente a la tasa de reemplazo, la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente.

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado²⁰ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificatorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

“Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

²⁰ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.



13-001-33-33-012-2018-00130-01

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado²¹, acogió 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 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

"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." (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes²² vinculados a partir de 1° de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.4.4. La función de unificación jurisprudencial de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, del Consejo De Estado²³.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la sentencia de la referencia, indicó que, la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, estudió el carácter vinculante de las grandes Cortes de la siguiente manera: *"El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."*

Con base en este entendimiento del principio de legalidad administrativa, reiteró que la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre,

²¹ Ibídem.

²² Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177), Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO



13-001-33-33-012-2018-00130-01

entre ellas que, las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- La demandante nació el 17 de abril de 1964²⁴, prestó sus servicios como docente nacional desde 12 de mayo de 1994²⁵, y obtuvo el status pensional el 08 de febrero de 2007, con ocasión al dictamen de pérdida de capacidad laboral del 08 de febrero de 2007, certificada en un 75%²⁶.
- Mediante Resolución No. 2473 del 06 de julio de 2007, se le reconoció pensión de invalidez a partir del 01 de agosto de 2007²⁷.
- El factor que sirvió de base para la liquidación pensional fue la asignación básica²⁸.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de navidad, y prima de vacaciones²⁹.

5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

El acto demandado es la Resolución No. 2473 del 06 de julio de 2007, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de invalidez a la demandante.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora Everlides Marimón Trespacios, le fue reconocida la pensión de invalidez por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución

²⁴ Fol. 21 cdno 1

²⁵ fols. 214

²⁶ Fol. 17-19

²⁷ Ver folios 17-19 y 20

²⁸ Fol. 17-19

²⁹ Fol. 217

13-001-33-33-012-2018-00130-01

No. 2473 del 06 de julio de 2007, en calidad de docente distrital, tal y como se avizora en el cuerpo de la resolución objeto de esta demanda³⁰.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación de la señora Marimón Trespalcios al servicio oficial docente, que de acuerdo con lo probado en el proceso fue el 12 de mayo de 1994.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señaló el juez de primera instancia, tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019³¹, al determinar que 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.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable a la actora, las reglas fijada en la sentencia citada, señalan los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y sobre los cuales se hubieran efectuado los correspondientes aportes, a saber:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Como se muestra de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica puesto que, de acuerdo a los certificados aportados a folio 217, los factores relacionados allí

³⁰ Fol. 17

³¹ la cual resulta aplicable conforme al marco normativo aquí citado.

13-001-33-33-012-2018-00130-01

(prima de navidad, y prima de vacaciones), no hacen parte de la Ley 33 de 1985; por lo que el acto demandado conserva total validez al respecto.

En el presente caso, la demandante no acreditó dentro de este plenario que hubiera realizado aportes sobre la prima de navidad, y la prima de vacaciones, factores que, además, no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62/1985, por medio de la cual se modificó la Ley 33/1985, como partes del ingreso base de cotización. Por ello, atinó la entidad demandada al no incluirlos en el IBL.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, por encontrarse que el acto administrativo demandado es legal a la luz de la jurisprudencia.

5.6. De la condena en costa.

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”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la apelación, 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 después de haberse presentado la demanda, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del 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 en la parte motiva de la providencia.





13-001-33-33-012-2018-00130-01

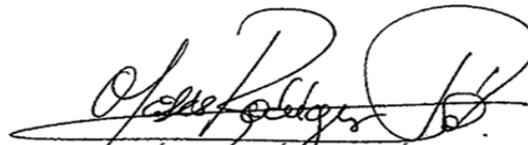
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ