



Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) diciembre de dos mil veintitrés (2023).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-003-2019-00037-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>FELIPE OJEDA DAVILA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)</b>
<b>Tema</b>	<i>Revoca sentencia de primera instancia que niega pretensiones y se ordena la reliquidación pensional con la inclusión de la bonificación de junio/diciembre de 2015.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019<sup>2</sup>, 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. LA DEMANDA<sup>3</sup>.

#### 3.1.1. Pretensiones<sup>4</sup>.

El accionante pretende que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0251 del 6 de febrero de 2017 por medio de la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, por no incluirse todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio; de igual forma, que se declare la nulidad del Acto Ficto configurado el día 12 de enero de 2019 frente a la petición presentada el día 12 de octubre de 2018, la cual perseguía la reliquidación mencionada.

Que se declare que tiene derecho y se reconozca al demandante una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 29 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 el status jurídico de pensionado.

<sup>1</sup> Fol. 129 – 139, Archivo Digital No. 02

<sup>2</sup> Fol. 118 – 126, Archivo Digital No. 02

<sup>3</sup> Fol. 1 – 11, Archivo Digital No. 02

<sup>4</sup> Fol. 2 – 3, Archivo Digital No. 02



13001-33-33-003-2019-00037-01

A título de restablecimiento, se condene a la demandada y a la entidad vinculada, a que aplique los reajustes de ley para cada año sobre el monto inicial de la pensión reconocida, así mismo, que realice el pago de las mesadas atrasadas desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado. Del mismo modo, se les condene al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar debido a la disminución del poder adquisitivo de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, teniendo en cuenta que son sumas de tracto sucesivo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Finalmente se les condene al pago de los intereses moratorios a que haya lugar y al pago de las costas del proceso.

### **3.1.2. Hechos<sup>5</sup>.**

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

Relató que, laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial, por lo que al cumplir los requisitos de ley, se le reconoció mediante la Resolución No. 0251 del 06 de febrero de 2017; la pensión de jubilación, no obstante, manifestó que en dicho acto no se le incluyó la prima de navidad y la prima de servicio y demás factores percibidos durante el último año de servicio, para efectos de la liquidación de la mesada pensional.

### **3.2. CONTESTACIÓN.**

La entidad demandada pese a haberse notificado en debida forma<sup>6</sup>, guardó silencio al respecto.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>.**

Por medio de providencia del 16 de diciembre de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no era procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del docente, con inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio, puesto que, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, y teniendo en cuenta que su vinculación se efectuó el 17 de enero de 1994, los únicos factores que pueden ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión, son los previstos en la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de ese mismo año, toda vez que estos tienen carácter de taxativos; y los factores que se reclaman no se encuentran enlistados en estas normas, ni se demostró que sobre estos se hayan efectuado aportes a pensión.

<sup>5</sup> Fol. 3 – 4, Archivo Digital No. 02

<sup>6</sup> Fol. 70, Archivo Digital No. 02

<sup>7</sup> Fol. 118 – 126, Archivo Digital No. 02



### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>.**

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque el fallo y reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

Sostuvo que, en nuestro sistema existe la necesidad de sentar jurisprudencia, con el fin de evitar sentencias contradictorias en una misma situación jurídica; evento contrario a lo acontecido con la reciente sentencia de unificación de la sección segunda del 25 de abril de 2019 Consejero Ponente César Palomino Cortés, en donde el Órgano de Cierre contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esta misma sección el 4 de agosto de 2010 radicado número 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sin argumentos objetivos, proporcionales y claros; no solo contradiciéndose entre sí, también, afectando la seguridad jurídica, vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Afirmó, que no existe seguridad jurídica para las personas que demandaron en años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada conforme lo establecido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado número 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), pero que, en razón a la congestión judicial, se vieron afectados con un cambio en la sentencia de unificación del año 2019, por lo que no se reconocerían sus derechos, vulnerando el principio de la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.**

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 23 de junio de 2021<sup>9</sup>, siendo admitido el recurso de alzada por auto del 6 de octubre de 2021, corriéndose traslado para alegar de conclusión a las partes en el mismo proveído<sup>10</sup>. La providencia antes mencionada fue notificada a las partes y al Ministerio Público a través de estado del 07 de octubre de 2021<sup>11</sup> y por medio de correo electrónico del mismo día<sup>12</sup>.

El día 15 de octubre de 2021<sup>13</sup>, por medio de mensaje electrónico, el Ministerio Público presentó concepto respecto al asunto de la referencia; en el mismo sentido, el 20 de octubre de 2021<sup>14</sup>, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, así como la parte accionada<sup>15</sup>. Por su parte, la

<sup>8</sup> Fol. 129 – 139, Archivo Digital No. 02

<sup>9</sup> Archivo Digital No. 03

<sup>10</sup> Archivo Digital No. 05

<sup>11</sup> Archivo Digital No. 06.

<sup>12</sup> Archivo Digital No. 07.

<sup>13</sup> Archivo Digital No. 08.

<sup>14</sup> Archivo Digital No. 09.

<sup>15</sup> Archivo Digital No. 10.



13001-33-33-003-2019-00037-01

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado realizó envío de su intervención el 11 de enero de 2022<sup>16</sup>.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte Demandante<sup>17</sup>:** Manifestó que su poderdante cumplió con los requisitos de ley para obtener pensión de jubilación, sin embargo, la entidad accionada calculó la mesada pensional sin incluir en la misma el 75% de todos los factores devengados durante el último año de servicios.

Señaló que, de los salarios devengados por el señor Felipe Ojeda Dávila durante el último año de servicio, se encuentra la bonificación mensual, sin que se le tuviera en cuenta en la liquidación del IBL, por lo que teniendo en cuenta la Jurisprudencia del Consejo de Estado y sentencias emitidas por diversos Tribunales, este factor debió tenerse en cuenta en el fallo de primera instancia en donde se negó la inclusión del mencionado factor, por lo que solicitó la modificación del mismo; no obstante, de no proceder la mencionada solicitud, pidió de forma subsidiaria que no se condene a su representado en costas.

**3.6.2. Parte Demandada<sup>18</sup>:** Mencionó que de acuerdo al reciente pronunciamiento del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, para el reajuste de pensión de jubilación del accionante solo deben ser tenidos en cuenta los factores salariales que aparecen de forma taxativa en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Solicitó tener en cuenta lo dispuesto en la mencionada sentencia ya que de acuerdo al artículo 10 del CPACA, se debe dar aplicación uniforme a las normas y a la jurisprudencia.

**3.6.3. Ministerio Público<sup>19</sup>:** Señaló que, el demandado se vinculó antes del 2003, por lo que su pensión se regula por la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta los factores sobre los cuales haya realizado aportes, de acuerdo al artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Por esta razón no tendría derecho a la reliquidación pensional solicitada, siendo procedente la confirmación del fallo de primera instancia.

**3.6.4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>20</sup>:** Indicó que, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de factores sobre los cuales no realizó cotización, tomando en consideración lo dispuesto en la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, por esta razón solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

---

<sup>16</sup> Archivo Digital No. 11.

<sup>17</sup> Archivo Digital No. 09.

<sup>18</sup> Archivo Digital No. 10.

<sup>19</sup> Archivo Digital No. 08.

<sup>20</sup> Archivo Digital No. 11.



#### **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, y los argumentos de la apelación, considera la Sala que, dentro del asunto, se debe determinar:

*¿Tiene derecho el señor FELIPE OJEDA DÁVILA a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales que estaba percibiendo en el último año antes de obtener el derecho para su pensión?*

##### **5.3. Tesis de la Sala.**

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para ordenar el reconocimiento e inclusión de la bonificación mensual 01/junio/14 – 31/diciembre/15, toda vez que la misma constituye uno de los factores salariales establecidos en el Decreto 1566 de 2014, para tener en cuenta a la hora de liquidar de la pensión.

En cuanto a la prima de navidad y de servicios, no serán reconocidas por no estar taxativamente enlistadas en las leyes 33 y 32 de 1985.

##### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

###### **5.4.1 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 1° de enero de 1990 será*



13001-33-33-003-2019-00037-01

*regido por las siguientes disposiciones: (...) 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 2° 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 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° 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 1° 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 Estado<sup>21</sup> 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 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3° 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 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.*

*50. El artículo 1° 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".*

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado, 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

<sup>21</sup> Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.



13001-33-33-003-2019-00037-01

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”*

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes 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%.

## **5.5 CASO CONCRETO**

### **5.5.1 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En este caso, se demanda la nulidad de la Resolución No. 0251 del 6 de febrero de 2017, expedida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante.

Antes de entrar a analizar los supuestos de hecho probados en el proceso, destaca esta Corporación que el recurso de apelación se fundamenta en el argumento de que, con la aplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, se violaron los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del Estado, toda vez que, para la fecha en la que se presentó la demanda, la posición imperante en el Consejo de Estado, era la contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, que permitía la reliquidación de la pensión de los empleados públicos, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Respecto a este tema, la Corte Constitucional en sentencia SU- 072/18 sostuvo lo siguiente:

*“(…) En la sentencia C-816 de 2011 se consideró que las Cortes, al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones, (...) Ahora bien, la necesidad de imprimirle fuerza vinculante a los precedentes de las Cortes, como se explicó en la mencionada SU-053 de 2015, también toma en cuenta que la interpretación del derecho no es asunto pacífico y, en ese orden, los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos.*



13001-33-33-003-2019-00037-01

20. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, involucra, además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso, los cuales son el punto de partida para lograr que los ciudadanos accedan a un esquema jurídico realmente cohesionado.

Tanto las normas como las decisiones judiciales con las cuales se interpretan y aplican deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues solo de esta manera es posible predicar que el ciudadano va a ser tratado conforme al principio de igualdad.

La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.

Ahora bien, la igualdad, como uno de los objetivos de la administración de justicia, no solo se nutre de la seguridad jurídica y el debido proceso, sino también de otros principios que los complementan como la buena fe, que obliga a las autoridades del Estado -los jueces entre ellas- a proceder de manera coherente y abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83 superior).”

21. Para alcanzar esa certeza jurídica, la jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).

22. De acuerdo con lo dicho, los operadores judiciales han de mantener la misma línea jurisprudencial dado que tal uniformidad permite la realización de los principios mencionados.

Esta obligación también tiene matices, toda vez que a la par de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima pervive el principio de la autonomía judicial y la necesidad de ajustar tanto el derecho como su interpretación a las realidades sociales que se van imponiendo en garantía de un ordenamiento justo; claro está, con la observancia de las estrictas exigencias que deben cumplirse cuando de modificar o apartarse del precedente se trata.

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018<sup>22</sup>, expuso:

---

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. 11001031500020070013600. Recurrente: Franklin Segundo García Rodríguez



13001-33-33-003-2019-00037-01

*“El cargo de violación al debido proceso y al derecho de defensa en el que se funda el recurso que se decide, se sustentó, entre otros aspectos, en el presunto desconocimiento de sus propios precedentes por parte de la Sala Plena, en cuanto a los supuestos en los que se configura la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos.*

*Para resolver el cargo se considera, en primer término, que no es posible desconocer la potestad que les asiste a las Altas Cortes para efectuar cambios de jurisprudencia, bajo la consideración de que toda variación jurisprudencial es susceptible de generar una violación al debido proceso por desconocimiento del precedente. Por el contrario, se estima que los cambios en la jurisprudencia son efecto obligado de la dinámica propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar.*

*La función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia, es decir, el juez posee un rol principal dentro del sistema de fuentes, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho.*

*En la actualidad, la función creadora e integradora de derecho por parte del juez ha alcanzado su mayor reconocimiento. Si bien el artículo 230 de la Constitución de 1991 prescribe que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al “imperio de la ley” —en cuanto fuente cardinal de derecho— y que la jurisprudencia es uno de los “criterios auxiliares del ejercicio de la actividad judicial”, la Corte Constitucional, en una primera fase reconoció la fuerza normativa de la jurisprudencia<sup>28</sup> y, en una segunda consolidó el criterio según el cual la jurisprudencia de las Altas Cortes dejó de ser la vox legis, tal como lo sostuvo Montesquieu, y el legislador la aceptó expresamente como fuente formal de derecho administrativo en Colombia.*

*Así las cosas, la jurisprudencia se convirtió en una fuente formal del derecho, que es reconocida como tal por el derecho mismo, y de la cual derivan su validez distintas reglas de rango jurisprudencial. En ese orden, la jurisprudencia entra a complementar el concierto de fuentes del derecho y, en consecuencia, se le reconoce fuerza vinculante que irradia sus efectos a todas las autoridades que tienen la obligación de observarla.*

*Por tanto, no es posible afirmar que el juez de cierre no pueda revisar su jurisprudencia, esto es, modificar su postura, porque sería tanto como pedirle que no ejerza adecuadamente sus funciones constitucional y legalmente asignadas y claudique en la “búsqueda de la completitud de las normas para afrontar (...) todos los problemas jurídicos que [se] le pueden presentar”.*

*De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que un cambio jurisprudencial respecto del alcance de determinada norma o concepto jurídico no constituye per se una transgresión al debido principio ni al principio de confianza legítima”.*

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que, en efecto, no existe violación del principio de seguridad jurídica y la confianza legítima del Estado, cuando una Alta Corte realiza un cambio en la línea jurisprudencial adoptada hasta el momento, sobre determinado tema; lo anterior, atendiendo la dinámica



13001-33-33-003-2019-00037-01

propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar. En ese sentido, la función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente la justicia.

En ese orden de ideas, no es procedente declarar la prosperidad de los argumentos del apelante.

Ahora bien, adentrándonos al caso en particular, tenemos que, conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor Felipe Ojeda prestó sus servicios como docente al Magisterio<sup>23</sup>, por lo cual le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 0251 del 6 de febrero de 2017<sup>24</sup>; ello, teniendo en cuenta que adquirió el status de pensionado el 28 de julio de 2016.

El acto administrativo anterior, para efectos de liquidar la pensión, tuvo en cuenta los siguientes factores:

- Sueldo básico
- Prima de clima
- Auxilio de movilización
- Prima de vacaciones

Por otro lado, se tiene que, el actor, durante su último año de servicio (julio 2015 – julio 2016), devengó los siguientes factores<sup>25</sup>:

- Sueldo básico
- Auxilio de movilización
- **Bonificación mensual junio/diciembre**
- Prima de clima
- **Prima de navidad**
- **Prima de servicios**
- Prima de vacaciones

Teniendo claro el régimen aplicable al actor, y la sentencia de unificación del año 2019, señaló que los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 son los siguientes:

<sup>23</sup> Folio 110 -112 pdf 02

<sup>24</sup> Fol. 14 – 15, Archivo Digital No. 02

<sup>25</sup> Fol. 113 – 114, Archivo Digital No. 02



13001-33-33-003-2019-00037-01

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Primas de antigüedad o ascensional de capacitación
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario, horas extras o jornada nocturna.

Conforme con lo expuesto se tiene que los dos factores que al accionante no se le tuvieron en cuenta fueron la prima de navidad y de servicios, sin embargo, los mismos no hacen parte del listado de factores contemplados en la Ley 33/85 modificada por la Ley 62/85; razón por la cual no puede accederse a lo pretendido y debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

En lo que se refiere a la bonificación mensual del 1/junio/14 – 31/diciembre/15, el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014, en su artículo 1 establece:

*“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una **bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.***

***La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. (...)***

A juicio de la Sala, la norma transcrita, además de establecer la bonificación mensual a favor de los docentes y directivos allí descritos, dispuso que tendría carácter salarial y se tiene en cuenta para todos los efectos legales, lo que en principio supone que se tendría en cuenta para efectos prestacionales y pensionales; y si alguna duda surgiera acerca de su integración al ingreso base de cotización, señaló que se tendría en cuenta para efectos de los aportes obligatorios de conformidad con las normas vigentes y entre dichos aportes se cuenta sin duda los destinados al sistema de seguridad social en pensiones.

Debe resaltarse en el presente caso que, si bien en principio el IBL de la demandante se debe conformar con los factores salariales previstos en la Ley 62/1985, ello no impide incluir otros factores salariales previstos en normas posteriores, siempre que ellas lo autoricen y dispongan efectuar los aportes correspondientes con destino al sistema de seguridad social en pensiones,



13001-33-33-003-2019-00037-01

como en efecto lo dispuso el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 respecto de la bonificación mensual.

Aunque en el presente caso no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensiones sobre la bonificación mensual, debió hacerlo por mandato legal; y por ello, esta Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia, y en su lugar, ordenará la reliquidación de la pensión del señor FELIPE OJEDA DÁVILA únicamente en lo que respecta a la inclusión de la bonificación mensual como factor salarial IBL. La condena anterior deberá ser indexada conforme lo establece el artículo 187 del CPACA, de acuerdo con la fórmula que en la parte resolutive de esta providencia se expondrá. De igual forma se ordenará, que en caso de que no se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social; la entidad demandada realice los descuentos respectivos.

Frente a la inconformidad planteada por la parte actora, relacionada con la improcedencia de la condena en costas, al afirmar que no hubo temeridad o negligencia en su actuar, ni fueron causados gastos durante el trámite del presente asunto en primera instancia; esta Sala precisa que la sentencia de primera instancia no dispuso la condena referida, por lo que se abstendrá de emitir pronunciamiento al respecto.

#### **5.6. De la condena en costas.**

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que señala, *“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. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

Si bien el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, establece que cuando se revoque totalmente la sentencia de primera instancia, deberá ser condenada la parte vencida, a costas en ambas instancias; pero el numeral 5 de la misma norma, dispone que cuando prospere parcialmente el recurso, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas.

En este caso, prosperó parcialmente el recurso, y, como quiera que no había sido condenado en primera instancia el demandante, a pesar de que la decisión no le fue favorable, manteniendo ese mismo criterio de igualdad, no se impondrán costas en ambas instancias.

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: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 0251 del 6 de febrero de 2017, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al demandante, FELIPE OJEDA DÁVILA, expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Bolívar, y del Acto Ficto configurado el día 12 de enero de 2019 por las razones expuestas en el presente proveído.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la entidad demandada a **RELIQUIDAR** la pensión de jubilación de FELIPE OJEDA DÁVILA, teniendo en cuenta, además de los factores salariales reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual 01/junio/14 – 31/diciembre/15. Lo anterior, con efectividad a partir del 28 de julio de 2016.

**CUARTO:** Las diferencias pensionales que resulten a favor del demandante deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R_h \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de diferencia pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE", vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

**QUINTO:** Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión del nuevo factor reconocido anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta instancia, en caso que ello no se hubiere hecho.

**SEXTO:** Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.



13001-33-33-003-2019-00037-01

**SÉPTIMO: DENIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

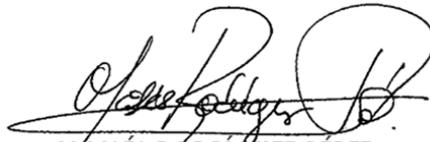
**OCTAVO: NO CONDENAR EN COSTAS**, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**NOVENO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en SAMAI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 028 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

**JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ**  
En comisión de servicio