

Cartagena de Indias D. T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2019-00041-01
Demandante	EBLIN PABUENA PEÑA
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación de precedente jurisprudencial 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. Se revoca parcialmente y se ordena el reconocimiento de la bonificación mensual creada por el Decreto 1566 de 2014</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 procede, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹, contra la sentencia proferida el once (11) de diciembre de 2019², por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1358 del 01 de junio de 2016, mediante el cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, en la cual no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR- a reconocer y pagar una pensión ordinaria de jubilación a partir del 13 de julio de 2015 equivalente al 75% del promedio de

¹ Folios 94-104 Doc. 04 exp. Digital

² Folios 73-93 Doc. 04 exp. Digital

³ Fols. 1 – 16 Doc. 03 exp. Digital

⁴ Fols. 2-3 Doc. 03 exp. Digital

los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

Condenar a las demandadas, a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de Ley cada año como lo ordena la Constitución, así como a realizar el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, se reconozcan intereses moratorios y las sumas anteriores se reajusten en los términos del artículo 187 del CPACA, de igual forma se condene en costas.

3.1.2 Hechos⁵

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

Manifestó que, laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial, por lo que, al cumplir con los requisitos legales le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la entidad demandada, a través de la Resolución No. 1358 del 01 de junio de 2016.

Que en dicho acto administrativo, solo se tuvo en cuenta el sueldo básico, la prima de clima, prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta la bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status de pensionada.

3.2 CONTESTACIÓN

La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, no presentó contestación de la demanda.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 11 de diciembre de 2019, el Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda así:

Como sustento de su decisión, indicó que partiendo de la taxatividad de los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de ese mismo año, conforme a la posición asumida en sentencia de unificación del 26 de abril

⁵ Fols. 3-4 doc. 03 exp. Digital

⁶ Fls 73-93 doc. 04 exp. Digital

de 2019, tenemos que la normativa aludida hace alusión a asignación básica, no a salario, por lo tanto, cualquier factor mensual percibido que conforme el salario docente debe acreditarse haber realizado aportes sobre este para que sea incluido dentro del ingreso base de liquidación.

Que, atendiendo el formato único para la expedición de certificados de salarios, y la liquidación efectuada por el despacho se evidencia que la pensión reconocida mediante la Resolución No. 1358 del 1 de junio de 2016 fue superior al valor que para ese momento fue determinado por la entidad demandada, a pesar de no incluirse la bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014, pues si se incluyó la doceava parte de la prima de vacaciones cuando no era factor base de liquidación pensional, por lo que no se evidencia que el valor pensional a favor de la demandante sea superior al reconocido por la entidad ni se demuestra vulneración alguna de sus derechos.

3.3 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando que, la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 al caso en concreto, viola el principio de confianza legítima, en razón a que la demanda fue radicada en vigencia del precedente constituido por la sentencia del año 2010.

Afirma que, no existe seguridad jurídica para aquellas personas que, demandaron en años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la ilusión de que su pensión le fuera reliquidada de conformidad con lo establecido en la sentencia del 4 de agosto del 2010, pero que debido a la congestión en los despachos judiciales, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando así la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida.

Por lo anterior, existe evidentemente una vulneración de derechos para todas aquellas personas que, estando en igualdad de condiciones, tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas que los fallos fueron dictados conforme a la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Así las cosas, manifiesta que, más que estudiar la posibilidad o no que le asiste a la demandante de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que el ad quem debe analizar cuál es la jurisprudencia aplicable en el presente caso, toda vez que, al momento de radicación de la demanda estaba claro que la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales,

⁷ Fols. 94 – 104 Doc. 04 exp. Digital

con fundamento en una sentencia de unificación del año 2010, la cual no fue dejada sin efecto taxativamente por la sentencia del año 2019.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 21 de mayo de 2021⁸, por lo que el 05 de agosto de 2021 se procedió a admitirla⁹, ordenándose correr traslado para alegar a las partes.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹⁰: La parte accionante presentó escrito de alegatos ratificándose en los hechos de la demanda y el recurso de alzada, pero solicita la inclusión en especial de la bonificación mensual recibida por su poderdante en el año 2014 – 2015.

3.6.2. Parte demandada- Fiduprevisora¹¹: La entidad demandada presentó escrito de alegatos ratificando los argumentos expuestos en la contestación, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

3.6.3. 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 EBLIN PABUENA PEÑA a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por

⁸ Doc. 02 exp. Digital

⁹ Doc. 07 exp. Digital

¹⁰ Doc. 10 exp Digital

¹¹ Doc. 11 exp Digital.

ella en el último año bajo la posición adoptada en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, por haberse presentado la demanda antes de proferirse la sentencia SU del 25 de abril de 2019, para preservar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de la administración de justicia, favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ Parcialmente 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 prima de servicios se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que las negó, puesto que a la luz de la ley y la más reciente jurisprudencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado¹², la actora no tiene derecho a que los factores salariales discutidos conformen su IBL, debido a que 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 cubre a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹³

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 cubre 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

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01.

¹³ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

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 jurídica.¹⁴

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.

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.

¹⁴ *Ibíd.*



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 1° de enero de 1990 será 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 Estado¹⁵ 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 Estado¹⁶, 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 docentes¹⁷ vinculados a partir del 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%.

¹⁵ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso administrativo, Consejo de Estado.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

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:

- Resolución No. 1358 del 01 de junio de 2017 mediante la cual se le reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora Eblin Pabuena Peña, a partir del 13 de julio de 2015, y prestó sus servicios desde el 20 de diciembre de 1993 hasta el 12 de julio de 2015, lo que significa que laboró durante 21 años, 6 meses y 20 días.¹⁸
- Cédula de ciudadanía de la señora Eblin Pabuena Peña, en la cual consta que nació el 12 de julio de 1960.¹⁹
- Formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.²⁰

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

El acto demandado es la Resolución No. 1358 del 01 de junio de 2017, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

Antes de entrar a analizar los supuestos de hecho probados en el proceso, destaca esta Corporación que el recurso de apelación de 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, dado 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, la cual 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 la 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

¹⁸ Folios 17- 19 exp. Digital 03 m 3

¹⁹ Folio 21 exp. Digital 03

²⁰ Fls 22-23 exp. Digital 03



casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos.²¹

20. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, involucra, además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso²², 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."²³

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)²⁴.

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;

²¹ Parámetros que se reiteran en la sentencia C-179 de 2016.

²² Ver sentencias C-836 de 2001, C.634 de 2011 y C-816 de 2011.

²³ Cfr. Sentencia C-284 de 2015.

²⁴ Sentencia C-284 de 2015.



claro está, con la observancia de las estrictas exigencias que deben cumplirse cuando de modificar o apartarse del precedente se trata²⁵.

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018²⁶, expuso:

"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 adoptar.

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 enunciadas 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.²⁷

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 jurisprudencia²⁸ y, en una segunda consolidó

²⁵ SU-049 de 1999, C-774 de 2001, C-836 de 2001, C-029 de 2009, C-332 de 2011, T-394 de 2013, SU-515 de 2013, C- 500 de 2014 y C-284 de 2015.

²⁶ 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.

²⁷ "Estudiar los cambios de jurisprudencia toca la esencia de la función del juez (...) La función de juez no es, ni ha sido, la de ser la boca de la ley, tal como lo afirmó MONTESQUIEU en un momento histórico en el que los jueces luchaban desembozadamente por el poder político y por miedo se creyó en la necesidad de limitar su labor. Es tan ilusorio prohibirle al juez interpretar la ley como negarle su labor de creación en el Derecho. La búsqueda de la completitud de las normas para afrontar previamente todos los problemas jurídicos que le pueden presentar al juez petrifica el derecho, lo hace complejo y extenso en demasía, sin poder, sin embargo, atar las manos interpretativas y creadoras del juez": OSPINA GARZÓN, Andrés, "Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? en Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

²⁸ La Corte Constitucional al explicar el alcance del artículo 230 C.P. precisó que en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial" debe entenderse que el constituyente de 1991 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la Ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de



el criterio según el cual la jurisprudencia de las Altas Cortes dejó de ser la vox legis, tal como lo sostuvo Mostesquieu, y el legislador la aceptó expresamente como fuente formal de derecho administrativo en Colombia²⁹.

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 constitucionales 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 proceso 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

Justicia, como tribunal de casación, crea, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles inferiores, sino también lo hacen otras corporaciones judiciales no existentes aún en el siglo XIX, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. (...) Más tarde, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 estudió la exequibilidad de una norma preconstitucional que consagraba la figura de la doctrina probable y autorizaba a la Corte Suprema de Justicia a cambiar su jurisprudencia en los casos en que considerara que sus decisiones anteriores incurrieron en error. El alto tribunal, luego de explicar la génesis y evolución de esta figura, concluyó que los jueces y tribunales están también vinculados a la jurisprudencia del órgano judicial de cierre correspondiente como lo es la jurisdicción contencioso administrativa, y para apartarse de ella, en virtud del principio de autonomía judicial, "están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión". Finalmente, estas ideas rectoras de la decisión constitucional fueron introducidas en el art. 7º del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, así: "Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos". La Corte al estudiar la constitucionalidad de esta disposición en la sentencia C-621 de 2015 precisó que la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: "(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial".

²⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 10: "Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. – disposición condicionalmente exequible- Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas". Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634-11 del 24 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, "en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad". Algunos doctrinantes mencionan que se trata de un derecho judicial: LÓPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto, "Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de la jurisprudencia", Revista de Derecho Público, n.º 15, diciembre, 2002, p. 3

momento, sobre determinado tema; lo anterior, atendiendo 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. 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.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora Eblin Pabuena Peña, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 1358 del 1 de junio de 2017, en calidad de docente nacional, tal y como se observa en el cuerpo de la resolución objeto de esta demanda³⁰, derecho que adquirió el 12 de julio de 2015, pues cumplió los 55 años de edad en esa fecha³¹, laboró para el Magisterio por 21 años, 6 meses y 20 días (desde el 20/12/1993 hasta el 12/07/2015)³².

En la resolución anterior se tuvo como factores salariales: sueldo básico, prima de clima y prima de vacaciones, como tasa de reemplazo el 75% de esos factores salariales sobre los cuales según el acto administrativo y su aporte.

En el recurso se viene insistiendo que se incluya los otros factores devengados por la actora durante su último año de servicios, según el certificado obrante (fol. 24 doc. 03), corresponden además de los anteriores a la bonificación mensual junio/14-diciembre/15, prima de navidad y prima de servicios. Como no hay discusión que le régimen aplicable a la actora es la Ley 33 de 1985, por su fecha de vinculación, al examinar el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33, encontramos que allí no está en el listado los 3 factores anteriores, por lo que a la luz de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la actora no tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la prima de navidad y prima de servicios, tal como lo sostuvo el Juez de primera instancia y conforme a lo expresado en párrafos anteriores del acápite de consideraciones de este proveído, cuando se manifiesta que esta sentencia ni viola el derecho a la igualdad ni el precedente judicial.

³⁰ Folios 17-19 exp. Digital 03

³¹ Folio 21 exp. Digital 03

³² Folios 17-19 exp. Digital 03

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, 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 PARCIALMENTE el fallo de primera instancia, y en su lugar, ordenará la reliquidación de la pensión de la señora Eblin Pabuena Peña 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.

Significa lo anterior, que cuando la norma establece que es para todos los efectos legales y los aportes obligatorios, ello implica para el sistema de

seguridad social y si bien la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, y la del 28 de agosto de 2018, consagran que los aportes son los reconocidos por las Leyes 33 y 62 de 1985, el Decreto 1158 de 1994, no es menos cierto que también estas disponen lo serán cualquier otra suma que por Ley constituyan un factor de aporte para la seguridad social o que, el trabajador haya hecho los aportes respectivos previa comprobación de los mismos, ya que así no se quebranta el principio de sostenibilidad fiscal que se encuentra contenido en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

Ahora, en lo relacionado con la PRESCRIPCIÓN, se decretará las mesadas anteriores al 15 de febrero de 2016, ya que la demanda fue presentada el 15 de febrero de 2019 (fol. 01 doc. 03), conforme a lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso, en el cual se dispone que la presentación de la demanda tendrá los efectos de interrumpir la prescripción, es decir, que la reliquidación de las mesadas por este factor del 13 de julio de 2015 al 14 de febrero de 2016, están prescritas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Frente a la segunda 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 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, del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso se extrae que, en caso de prosperar parcialmente el recurso de apelación interpuesto, el juez podrá abstenerse de condenar en costas. Bajo ese entendido, esta Sala advierte que, en esta instancia, por haberse accedido parcialmente a los reparos de la parte recurrente, no hay lugar a condena en costas.

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 PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia, proferida el once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Décimo 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. 1358 del 01 de junio de 2016, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante señora Eblin Pabuena Peña, expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, 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 la señora Eblin Pabuena Peña 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 13 de julio de 2015. **DECRÉTESE LA PRESCRIPCIÓN** de la reliquidación de las mesadas por este factor, del 13 de julio de 2015 al 14 de febrero de 2016, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

SÉPTIMO: NO CONDENAR EN COSTAS, en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

OCTAVO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ³³
En comisión de servicios

³³ En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.

