Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-004-2017-00312-01**
Demandante	**OFELIA MARÍA GARCÍA BELLO**
Demandado	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DISTRITO DE CARTAGENA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.**
Tema	*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.- Se confirma la sentencia apelada.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004[1] del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante[2], contra la sentencia proferida el veintidós (22) de agosto de 2018[3], por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

2.2. Cuestión previa

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

---

[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. 215- 225 cdno 2 (doc. 26-36 exp. Digital)
[3] Fols. 202-212 cdno 2 (doc.1-22 exp. Digital)

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

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda[4].

3.1.1 Pretensiones[5]

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No. 1232 del 17 de febrero de 2017, por medio del cual se reliquidó, la pensión reconocida a la demandante, en lo que tiene que ver con la cuantía de la mesada pensional, toda vez que no se le incluyeron todos los factores salariales a que tenía derecho.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DISTRITO DE CARTAGENA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, a reconocer y pagar a la demandante el ajuste de pensión de jubilación a partir del 13 de agosto de 2016, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado por ella en el último año antes de adquirir el status de pensionada.

TERCERO: Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DISTRITO DE CARTAGENA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, que, el valor resultante de la pensión, se reajuste en los términos del artículo 187 del CPACA y se condene en costas.

CUARTO: Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DISTRITO DE CARTAGENA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, que efectué el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho.

QUINTO: Que se reconozcan intereses moratorios y se condene en costas.

---

[4] Folio. 1-13 cdno 1 (doc.1-13 exp. Digital)
[5] Folio. 2-3 cdno 1 (doc. 2-3 exp. Digital)

3.1.2 Hechos[6]

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 jubilación por parte de la entidad demandada, a través de la Resolución No. 1232 del 17 de febrero de 2017.

En dicho acto administrativo, solo se le tuvo en cuenta la asignación básica y prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de servicios y demás factores salariales percibidos en actividad.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La 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 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.

---

[6] Fol. 3-4 cdno 1 (doc. 3-4 exp. Digital)

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO[7].

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión a la señora OFELIA GARCÍA BELLO gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

Afirma que la pretensión de la demandante no se encuentra ajustada a derecho puesto que, no es viable conforme a la ley el reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez la demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente (Ley 100/93 y 797/03).

Como excepciones propone la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, compensación y genérica.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[8]

Por medio de providencia del 22 de agosto de 2018, la Juez Cuarto 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, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.*
>
> *SEGUNDO: Sin lugar a condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva."*

[7] fols. 86-96 cdno 1 (doc.95-105 exp. Digital)
[8] Folio 202-212 cdno 1 (doc. 1-22 exp. Digital)

Como sustento de su decisión, el A-quo, manifestó que resulta improcedente reliquidar la pensión de la actora teniendo en cuenta todos los factores por ella devengados en el último año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, si estos no figuran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Indicó que si bien, en el certificado allegado por la Secretaría de Educación Distrital figuran unas horas extras, las mismas muy a pesar de constituir factor salarial para pensiones, no es posible su inclusión como quiera que no fueron devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional de la actora.

Lo anterior, atendiendo a la decisión adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019 unificó el tema sobre el Ingreso Base de Liquidación de la pensión ordinaria de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y definió que acoge 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 ya establecida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN[9]

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, alegando que la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 al caso concreto, viola el principio de confianza legítima toda vez que la demanda fue radicada en vigencia del precedente constituido por la sentencia del año 2010.

Sostiene que, no existe seguridad jurídica para las persona 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 establece la sentencia del 4 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida. Indica, que existe una vulneración de derechos para aquellas personas que, estando en iguales condiciones, tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas cuyos fallos fueron conforme a la sentencia del 4 de agosto de 2010.

[9] Folio 215-225 cdno 2 (doc. 26-36 exp. Digital)

Expone 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 es cuál jurisprudencia es la que se debe aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro que la demandante tenía derecho a lo que reclamaba; ello, con fundamento en una sentencia de unificación del año 2010, que no fue sacada del mundo jurídico, taxativamente, por la sentencia SU del 2019.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 08 de noviembre de 2019[10], por lo que el 02 de marzo de 2020 se procedió a admitirla[11], y se corrió traslado para alegar el 09 de febrero de 2021[12].

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante[13]: La parte accionante presentó escrito de alegatos ratificándose en los hechos de la demanda y el recurso de alzada.

3.6.2. Parte demandada- Fiduprevisora[14]: Presentó escrito de alegatos el 25 de febrero de 2021, esto es, de manera extemporánea toda vez que el término venció el 24 de febrero de 2021, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

3.6.3. Ministerio Público[15]: Presentó el concepto de su competencia, solicitando se confirmará la sentencia de primera instancia por cuanto la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional deprecada.

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,

---

[10] Folio 3 cdno 3 (doc. 3 exp. Digital)
[11] Folio 5 cdno 3 (doc. 5-6 exp. Digital)
[12] Folio 9 cdno 2 (doc. 11 exp. Digital)
[13] Folio 12-16 cdno 3 (doc.15-22 exp. Digital)
[14] fols. 23-26 cdno 3 (doc.32-38 exp. Digital)
[15] fols. 28-33 cdno 3 (doc.41-49 exp. Digital)

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:

> *¿Se encuentra violado, dentro del presente asunto, el principio de la seguridad jurídica y el precedente judicial, al aplicarse la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado respecto de los factores salariales a tener en cuenta para el IBL de la pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?*

¿Tiene derecho la señora OFELIA MARÍA GARCÍA BELLO a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda de manera parcial, 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 Estado[16], 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

[16] 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: 68001233300020150056 9-01.

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 FOMAG[17].

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 jurídica[18].

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 1°, 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*

[17] Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.
[18] *Ibídem*.

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 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 Estado[19] 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 modificatorio 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[20], 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

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

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 de1985, 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 docentes[21] 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 3º 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 Hechos relevantes probados:

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

- La demandante nació el 10 de marzo de 1961[22], prestó sus servicios como docente nacional desde 13 de agosto de 1996, y obtuvo el status pensional el 13 de agosto de 2016, fecha en la que contaba con la edad de 55 años, y para la cual tenía más de veinte años de servicio[23].

- Mediante Resolución No. 1232 del 17 de febrero de 2017, se le reconoció pensión de jubilación a partir del 13 de agosto de 2016[24].

- Los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fue la asignación básica y la prima de vacaciones[25].

---

[21] Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.
[22] Fol.16 cdno 1 (doc.16 exp. Digital)
[23] Fol. 14-15 cdno 1 (doc. 14-15exp. Digital)
[24] *ibidem*
[25] *ibidem*

- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, y prima de vacaciones[26].

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

El acto demandado es la Resolución No. 1232 del 17 de febrero de 2017, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión 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 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 principio 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*[27].
>
> *20. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, involucra, además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso*[28]*, 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*

[26] Fol. 166 cdno 1 (doc. 199-200 exp. Digital)
[27] Parámetros que se reiteran en la sentencia C-179 de 2016.
[28] Ver sentencias C-836 de 2001, C-634 de 2011 y C-816 de 2011.

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"[29].

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)[30].

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[31].

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018[32], 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

[29] *Cfr.* Sentencia C-284 de 2015.
[30] Sentencia C-284 de 2015.
[31] 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.
[32] 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

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[33].

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[34] *y, en una segunda consolido 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*[35].

---

[33] "*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.

[34] 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 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 contra-argumentación 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*".

[35] 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

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 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 Ofelia García Bello, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 1232 del 17 de febrero de 2017, en calidad de docente distrital, tal y como se avizora en el cuerpo de la resolución objeto de esta demanda[36].

---

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.° 15, diciembre, 2002, p. 3.

[36] Fol. 14-15 cdno 1 (doc.14-15 exp. Digital)

Efectivamente, de las pruebas arrimadas al plenario se tiene que la accionante contaba con los requisitos para acceder a la pensión, pues cumplió los 55 años de edad el 10 de marzo de 2016[37], laboró para el Magisterio por 20 años, y 1 día (desde el 13/08/1996 hasta el 12/08/2016)[38]. Así mimo, se estableció que, para liquidar la mesada pensional se debía tener en cuenta el 75% de la asignación básica devengada durante el último año anterior a la adquisición del status pensional (2015-2016), como quiera que la vinculación de la demandante se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el régimen pensional aplicable a la misma es el previsto en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia.

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.

Conforme al certificado laboral de la accionante, se avizora que en el año 2015-2016 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la señora García Bello devengó, los siguientes factores salariales: **asignación básica,** prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones[39].

En el sub examine, la demandante solicita que se le incluyan todos los factores salariales por ella devengados en el último año de servicios, como quiera que en la resolución demandada se tuvo en cuenta la asignación básica y prima de vacaciones; sin embargo, conforme con la información suministrada por el

[37] Folio 14 cdno 1 (doc.14 exp. Digital)
[38] Folio 14 cdno 1 (doc.14 exp. Digital)
[39] Folio 166 cdno 1 (doc.199-200 exp. Digital)

certificado antes citado, se tiene que la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios no pueden ser reconocidas, toda vez que no hacen parte del listado contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985; además de lo anterior, la accionante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre dicho emolumento por lo que, no debía ser reconocido como parte del IBL.

En cuanto a las horas extras que se avizoran en el certificado antes mencionado, es dable manifestar que, el último año de servicios anterior a la adquisición del status de la accionante transcurrió entre agosto de 2015 y agosto de 2016, y las horas extras allí relacionadas fueron devengadas en los meses de marzo y abril de 2015, esto es, antes de la adquisición del status que fue el 12 de agosto de 2016. En ese sentido, se confirmará la negativa del A-quo al respecto.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

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, 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.

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.002 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ