

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	13001-33-33-010-2019-00050-01
Demandante	ANA ELVIRA CASTRO PÁJARO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Tema	<i>Reliquidación pensional docente con inclusión del factor bonificación mensual — Aplicación del precedente jurisprudencial SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado — Revoca sentencia apelada.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante², contra la sentencia proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)³, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte accionante, elevó las siguientes pretensiones:

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. 97 – 107 del archivo “05Expediente” y “07Recurso de Apelación 010-2019-00050-00”

³ Fols. 64 – 65 “05Expediente”

⁴ Fols. 1 – 16 ibidem

⁵ Fols. 2 – 3 ibidem

- Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007 por medio de la cual se reliquidó por retiro definitivo la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, en lo relacionado con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.
- Que se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar una pensión ordinaria de jubilación en favor de la actora, a partir del 08 de marzo de 2007 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del retiro definitivo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida se apliquen los reajustes para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.
- Que se ordene el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño junto con los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución de poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas.
- Que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.
- Que se condene en costas a la parte demandada.

3.1.2 Hechos⁶.

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

Relató que, mediante Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007, se tomó únicamente como base de reliquidación pensional por retiro definitivo, la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de

⁶ Fol. 4 ibidem.

vacaciones y demás factores salariales percibidos en desarrollo de la actividad docente durante el último año de servicios prestados.

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, artículo 15, Ley 33 de 1985, artículo 1, Ley 62 de 1985, y el Decreto 1045 de 1978.

Sostuvo que, la entidad demandada al momento de expedir el acto enjuiciado, omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989, que remite a la Ley 33 de 1985 y al Decreto 1045 de 1978. En ese sentido, indicó que la Ley 33 de 1985 no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, sino que de manera general, ordena que se incluyan todos los emolumentos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

A su turno, señaló que el Consejo de Estado, mediante sentencias del 04 de agosto de 2010, del 25 de noviembre de 2010, y del 14 de agosto de 2009, ha precisado que al momento de liquidar la pensión de jubilación, tanto la prima de vacaciones, como la prima de navidad, así como los demás factores devengados por el trabajador en el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar la base de liquidación pensional, tal y como lo establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1. Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

La entidad demandada, pese haberse notificado⁷ debidamente de la demanda y sus anexos, guardó silencio.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸.

Por medio de providencia del 14 de noviembre de 2019, el Juez Décimo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

⁷ Fols. 42 – 44 ibidem

⁸ Fols. 64 – 65 ibidem y "03GrabacionAudiencialInicialSimulnatea" Min. 48:15



“DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA: PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda. **SEGUNDO:** Sin condena en costas. **TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente”.

El A-quo consideró que, de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, el régimen pensional aplicable a la docente demandante era el consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985. Al tenor de dicha disposición, la pensión solo podría ser reliquidada sobre los factores salariales contemplados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es decir, los mismos factores sobre los que se efectuaron o debieron ser efectuadas las cotizaciones al sistema de pensiones.

Sostuvo que, dentro del plenario estaba demostrado que la señora Ana Castro Pájaro ingresó al servicio docente el 07 de junio de 1976, siendo reconocida pensión de jubilación en su favor, mediante Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007, para la cual se tomó como factor salarial de liquidación únicamente la asignación básica percibida; no obstante, por medio de Resolución No. 1513 del 16 junio 2016, se efectuó reliquidación pensional con la inclusión de la prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones. En virtud de lo anterior, se advierte que los factores salariales percibidos durante el último año de servicio, cuya inclusión pretende la demandante, sí fueron tenidos en cuenta al momento de reliquidar su pensión, por lo que el acto demandado conserva la presunción de legalidad.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁹.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, aduciendo la violación al principio de seguridad jurídica, la confianza legítima en la administración de justicia, favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales. De igual forma, manifestó su inconformidad frente a la condena en costas.

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, en donde el Órgano de Cierre contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esta

⁹ Fols. 97 – 107 “05Expediente” y “07Recurso de Apelación 010-2019-00050-00”

misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales ni claros, afectando los derechos de 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 04 de agosto de 2010, pero que en razón a la congestión judicial, se vieron afectados en sus derechos, con un cambio de jurisprudencia.

Argumentó que, el Consejo de Estado ha determinado en diferente jurisprudencia que se deben aplicar los criterios vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos, pues deben respetarse los precedentes y las leyes existentes en el tiempo de causación del derecho correspondiente, por lo que en el presente asunto, la reliquidación pensional con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, debe ser reconocida de conformidad con la sentencia del 04 de agosto de 2010.

Respecto a la procedencia de la condena en costas, adujo que debía estudiarse si la parte vencida había obrado de forma contraria a derecho, con temeridad o mala fe, y solo de hallarse demostradas estas circunstancias, se podría disponer la condena en costas, toda vez que dicha condena no opera automáticamente, ya que el juez no se encuentra obligado a ordenarla, por el contrario, según el artículo 188 del CPACA, tiene la potestad de decidir si hay lugar o no a dicha condena, atendiendo a las circunstancias ocurridas durante el trámite de la acción interpuesta, esto es, el cambio de jurisprudencia adoptado mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Máxime si se advierte que dentro del proceso, no aparecen causados los gastos judiciales, por tratarse de un asunto de puro derecho, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del CGP, y lo desarrollado en sentencias del 16 de abril y 19 de enero del 2015.

3.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue asignada a este Tribunal mediante acta individual de reparto del 03 de febrero de 2021¹⁰, siendo admitida por medio de providencia del 04 de agosto de 2021¹¹, habiéndose corrido traslado para alegar de conclusión en la misma oportunidad, de conformidad con el artículo 247 del C.P.A.C.A.

¹⁰ "02ActadeRepartoSegundaInstancia".

¹¹ "08AutoAdmisorio"

3.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.7.1. Parte demandante¹²: la señora Ana Castro Pajaro, presentó escrito de alegatos reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos esbozados en el escrito de demanda y en el recurso de alzada. Aunado a ello, solicitó que de mantenerse la decisión de primera instancia, se abstuviera de condenar en costas.

3.7.3 Ministerio de Educación – FOMAG¹³: la demandada señaló que el Consejo de Estado mediante la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dejó sin sustento la providencia de fecha 04 de agosto de 2010, al determinar que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los docentes son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Seguidamente, sostuvo que en Sentencia de Unificación SUJ-014 de fecha 25 abril de 2019, se unificó la jurisprudencia en relación con el criterio sobre el IBL, ratificando los conceptos adoptados por el Consejo de Estado en materia de factores salariales en la respectiva liquidación de los docentes. Por lo anterior, precisó que para efectos del reajuste de la pensión de jubilación de la señora Ana Elvira Castro Pájaro, deben tomarse sólo los factores taxativos del art. 1° de la Ley 62 de 1985.

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.

De igual forma, es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del CGP.

¹² "11Alegatos accionante"

¹³ "12AlegatosAccionada"

5.2 Problema jurídico

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

¿Tiene derecho la señora ANA ELVIRA CASTRO PÁJARO a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, 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 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 al factor horas extras, se advierte que su liquidación corresponde al mes de diciembre de 2015, período posterior al retiro definido de la actora, que se efectuó el 24 de julio de 2015, por lo que las horas extras pretendidas no están comprendidas dentro del último año de servicio prestados por la docente, y por consiguiente no hay lugar a su reconocimiento.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹⁴.

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

¹⁴ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

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 jurídica¹⁵.

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:

¹⁵ *Ibídem.*



“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 Estado¹⁶ 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 Estado¹⁷, 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 docentes¹⁸ 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

¹⁶ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.4.4. La función de unificación jurisprudencial de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, del Consejo De Estado¹⁹.

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

Con base en este entendimiento del principio de legalidad administrativa, reiteró que la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre, entre ellas que, las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

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

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

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

- De acuerdo con la cedula de ciudadanía²⁰ obrante en el expediente, se tiene que la señora Ana Elvira Castro Pájaro, nació el 07 de marzo de

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177), Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

²⁰ Fol. 34 “05Expediente”



1952, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2007, y a la fecha cuenta con 69 años de edad.

- La demandante prestó sus servicios como docente con vinculación municipal, desde el 22 de junio de 1976, hasta el 24 de julio de 2015, fecha en la cual se efectuó su retiro definitivo²¹.
- Por medio de Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007, la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión vitalicia de jubilación a la demandante, en su calidad de docente con vinculación nacionalizado, por valor mensual de \$1.162.785, efectiva a partir del 08 de marzo de 2007²². El tiempo laborado tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión fue el comprendido entre el 22 de junio de 1976 hasta el 07 de marzo de 2007, y el factor tenido en cuenta para determinar la base para la liquidación pensional fue la asignación básica. Dicha decisión fue notificada personalmente el 18 de diciembre de 2007²³.
- Mediante Resolución No. 1513 del 16 de junio de 2016²⁴, se reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la demandante, por retiro definitivo del servicio, a partir del 24 de julio de 2015, por valor mensual de \$2.079.017. El tiempo laborado tenido en cuenta para el reajuste fue el comprendido entre el 22 de junio de 1976 hasta el 24 de julio de 2015, y los factores tenidos en cuenta para determinar la base para la liquidación pensional fueron el sueldo básico, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones. Esta decisión fue notificada personalmente, el 28 de junio de 2016²⁵.
- Certificado laboral en el que se avizora que la accionante, devengó los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, bonificación mensual 01/junio/14 – 31/diciembre/15, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docente y horas extras²⁶.
- Certificado de historia laboral de la señora Ana Elvira Castro Rodríguez²⁷.
- Petición radicada el 12 de octubre de 2018 ante el FOMAG, solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante a partir del 24 de julio de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios,

²¹ Fols. 32 – 33 ibidem

²² Fols. 24 – 25 ibidem

²³ Fol. 26 ibidem

²⁴ Fols. 27– 28 ibidem

²⁵ Fol. 29 ibidem

²⁶ Fol. 30 - 31 ibidem

²⁷ Fols. 32 – 33 ibidem



sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo²⁸.

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

En el presente asunto, el estudio que debe efectuar la Sala, está determinado por los reparos formulados por la parte accionante, contra la decisión adoptada en primera instancia, por lo cual el presente análisis, se centrará en establecer, en primer lugar, si la señora Ana Elvira Castro Pájaro tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, con fundamento en la posición adoptada en 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 y progresividad de los derechos laborales.

Previo a resolver el asunto y haciendo un análisis de la demanda presentada, se debe aclarar que si bien, la parte actora no especificó debidamente el acto administrativo que debía ser demandado **tal como lo exige el artículo 163 del C.P.A.C.A.,²⁹** puesto que únicamente solicitó la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007, que reconoció pensión vitalicia de jubilación a su favor, y no demandó la Resolución No. 1513 del 16 de junio de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión reconocida, por retiro definitivo del servicio; el Consejo de Estado ha sostenido que cuando resulte clara la pretensión del demandante de obtener la nulidad de otros actos, no se le puede negar el derecho al acceso a la administración de justicia³⁰.

Así las cosas, en el sub examine se advierte que la Resolución No. 1513 del 16 de junio de 2016, es producto de una solicitud de reliquidación de la pensión otorgada a la demandante mediante la Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007. De igual forma, al estudiar las pretensiones formuladas en

²⁸ Fols – 21 – 23 ibidem

²⁹ **Artículo 163. Individualización de las pretensiones.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

³⁰ Consejo de Estado; Sección Cuarta Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00956-01(21338) diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Consejero Ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



la demanda, se observa que el objeto de controversia radica en la decisión de reliquidación adoptada, así:

*“PRETENSIONES (...) Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007 **por medio de la cual se reliquidó por retiro definido a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación** (...) en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del retiro definitivo de mi representado(a)”*

Aunado a ello, la señora Ana Castro Pájaro aportó al expediente la Resolución de reliquidación pensional No. 1513 del 16 de junio de 2016, por lo que esta Sala considera que este acto se encuentra individualizado, resultando procedente el estudio de su legalidad.

Respecto a si la aplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, resulta violatoria de los principios antes referidos, la Corte Constitucional en sentencia SU- 072/18, sostuvo que las Altas Cortes al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones, mediante precedentes que tendrán fuerza vinculante, de conformidad con la constitución política, bajo los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en armonía con 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.

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018³¹, expuso:

“(...) 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

³¹ 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



decir, el juez posee un rol principal dentro del sistema de fuentes, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho³². (...)

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".

Para recapitular, se tiene que, en efecto, no existe violación del principio de seguridad jurídica ni confianza legítima de la administración de justicia, y por ende no se afecta la favorabilidad ni progresividad de los derechos laborales, 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.

Así las cosas, se advierte que dentro del presente asunto se hace forzosa la aplicación del precedente judicial fijado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en lo atinente del régimen pensional de los docentes oficiales. En aquella oportunidad, el Consejo de Estado, precisó que para determinar cuál de los regímenes existente resulta aplicable, se debe identificar la fecha de ingreso o vinculación de los docentes al servicio educativo oficial. Pues bien, de advertirse que el docente nacional, nacionalizado y territorial, se encuentra vinculado al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen de pensión aplicable es el ordinario de jubilación, dispuesto en la Ley 33 de 1985. Por el contrario, si se demuestra que

³² *"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.*

el docente se vinculó a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable será el 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.

Una vez revisado el expediente, se encuentra demostrado que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 4304 del 16 de noviembre de 2007, reconoció a la accionante pensión vitalicia de jubilación por valor mensual de \$1.162.785, efectiva a partir del 08 de marzo de 2007, en calidad de docente de vinculación nacionalizada. Para el efecto, se tuvo en cuenta el tiempo laborado comprendido entre el 22 de junio de 1976 hasta el 07 de marzo de 2007, y el factor que sirvió de base para la liquidación pensional fue únicamente la asignación básica.

Posteriormente, la entidad demandada expidió la Resolución No. 1513 del 16 de junio de 2016, por medio de la cual se efectuó la reliquidación pensional de la señora Ana Castro Pájaro, por retiro definitivo del servicio, por valor mensual de \$2.079.017, efectiva a partir del 24 de julio de 2015. El tiempo de servicio tenido en cuenta para el reajuste fue el comprendido entre el 22 de junio de 1976 hasta el 24 de julio de 2015, y los factores tenidos en cuenta para determinar la base para la liquidación pensional fueron el sueldo básico, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones.

Por lo anterior, resulta claro que no erró el juez de primera instancia al denegar la reliquidación de la pensión con la inclusión de los factores prima de navidad y prima de vacaciones, como quiera que mediante la Resolución No. 1513 de 2016, la entidad demandada había efectuado el reajuste pensional pretendido, tomando como base de liquidación los factores salariales antes mencionados, por lo que no abordó el estudio de legalidad del acto enjuiciado.

No obstante, del certificado de salarios aportados al plenario, se aprecia que la accionante devengó durante su último año de servicio, no solo los factores reconocidos en la reliquidación, sino también la prima de servicios, la bonificación 01/junio/14-31/diciembre/15, y horas extras, por lo que esta Sala procederá a determinar si dichos factores salariales deben ser reconocidos a la demandante, y por ende, incluidos en la liquidación de su pensión.

En ese sentido, como la vinculación de la señora Ana Elvira Castro Pájaro se produjo el 22 de junio de 1976, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley

33 de 1985, de conformidad con la tesis sostenida en la SU del 25 de abril de 2019³³, según la cual los factores que se deben tener en cuenta son únicamente aquellos respecto de los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo, que se pasan a relacionar:

- 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

Respecto a la prima de servicios, se destaca que al no estar incluida dentro de la lista taxativa de factores que constituyen la base sobre la que se deben calcular los aportes en pensión para los docentes, en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; ni haber demostrado la demandante que hubiera realizado aportes a pensión sobre el mismo, no era dable incluirlo en el ingreso base de reliquidación de la pensión reconocida a su favor.

Ahora bien, en lo que respecta al factor horas extras, ha de indicarse que si bien dicho elemento se encuentra incluido dentro del listado taxativo de factores que componen el IBL, también es cierto que las horas extras liquidadas corresponden al mes de diciembre de 2015, periodo posterior al retiro definido de la actora, que se efectuó el 24 de julio de 2015, por lo que las horas extras pretendidas no están comprendidas dentro del último año de servicio prestados por la docente, y por consiguiente no hay lugar a su reconocimiento.

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.

³³ la cual resulta aplicable conforme al marco normativo aquí citado.



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 el fallo de primera instancia, y en su lugar, ordenará la reliquidación de la pensión de la señora Ana Elvira Castro Pájaro 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 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 costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, 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 la sentencia de primera instancia, proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Décimo 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. 1513 del 16 de junio de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación a la demandante señora Ana Elvira Castro Pájaro, expedida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena - 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 Ana Elvira Castro Pájaro, 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 25 de julio de 2015.

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

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

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

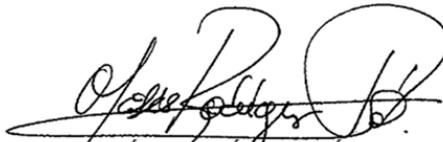
OCTAVO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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

