

Cartagena de Indias D.T y C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

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

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-012-2018-00147-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>MARCIANA DE LA TORRE VARGAS</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR</b>
<b>Tema</b>	<i>Reliquidación pensión docente</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>2</sup>, contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2019<sup>3</sup>, por el Juzgado Doce 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”.

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Folios 205-215 cdno 2 (fl. 22-32 Digital)

<sup>3</sup> Folios 193-201 cdno 2 (fl. 1-18 Digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

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<sup>4</sup>.

##### 3.1.1 Pretensiones<sup>5</sup>

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No. 0051 del 31 de enero 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 –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, a reconocer y pagar a la demandante el ajuste de pensión de jubilación a partir del 14 de mayo 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 –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, 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 –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, 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.

##### 3.1.2 Hechos<sup>6</sup>

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

---

<sup>4</sup> Folios 1-13 cdno 1 (fl. 1-13 exp. Digital)

<sup>5</sup> Folios 2-3 cdno 1 (fl. 2-3 Digital))

<sup>6</sup> Folios. 4 cdno 1 (fl. 4 Digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

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. 0051 del 31 de enero de 2017, teniendo en cuenta únicamente la asignación básica, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de servicios y demás factores salariales.

### **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.

## **3.2 CONTESTACIÓN**

### **3.2.1 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR<sup>7</sup>.**

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma por carecer de fundamentos jurídicos. Expuso que el acto administrativo no viola las disposiciones invocadas por la actora, estando estrictamente ceñido a las disposiciones en que debía fundarse.

---

<sup>7</sup> Folio 107-114 cdno 1 (fl. 115-122 digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

Sostuvo que, de lo establecido en la Ley 812/03 y el Decreto 2341/03, se desprendía que los factores contenidos en el artículo 1 de la Ley 62/85 son taxativos, por lo que la accionante solo tiene derecho al reconocimiento del sueldo básico como factor para liquidar la pensión.

Que, si bien antes de la expedición del Decreto 3752 de 2003 el valor de la mesada pensional estaba integrado por todos los faetones salariales devengados en el último año de servicios del docente, lo cierto es que, a partir de dicha norma, solamente deben tenerse en cuenta, para tales propósitos, el sueldo y las horas extras; por cuanto los demás emolumentos quedaron excluidos.

Como excepciones propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el Departamento de Bolívar no es quien tiene que realizar el pago de la pensión.

### **3.2.2 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

No contestó la demanda.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>8</sup>**

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2019, la Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, argumentando que la parte demandante no había acreditado que los factores salariales denominados prima de servicios y prima de navidad, se encontraran enlistados expresamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el cual modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

La anterior decisión, la sustentó en las subreglas contenidas en la Sentencia de Unificación SUJ-014- CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Rad. 680012333000201500569-01 (0935-2017) proferida por Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la cual se desarrollará en el marco normativo del presente proveído.

A pesar de que la parte actora resultó vencida en el proceso, la Juez a quo decidió no condenarla en costas.

---

<sup>8</sup> Folios 193-201 cdno 2 (fl. 1-18 Digital)

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>9</sup>**

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.

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.

Apeló también la condena en costas, argumentando que la misma no era procedente puesto que en el asunto en comento no se había obrado de forma contraria a derecho, con mala fe o temeridad.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 12 de marzo de 2020<sup>10</sup>, por lo que el 25 de noviembre de 2020 se procedió a admitirla y correr traslado para alegar de conclusión<sup>11</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante:** no presentó escrito de alegatos.

<sup>9</sup> Folios 205-215 cdno 2 (fl. 22-32 Digital)

<sup>10</sup> Folios 2 cdno 3 (fl. 2 Digital)

<sup>11</sup> Folios 4 cdno 3 (fl. 4-5 Digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

**3.6.2. Parte demandada-FOMAG:** no presentó escrito de alegatos.

**3.6.3. Departamento de Bolívar:** no presentó escrito de alegatos.

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

**3.6.5 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>12</sup>:** Intervino en el proceso para solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

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

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

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

##### **5.2 Problema jurídico**

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

*¿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 MARCIANA DE LA TORRE VARGAS 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?*

---

<sup>12</sup> Folios 27 cdno 3 (fl. 30 Digital)

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

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para acceder al reconocimiento de la bonificación mensual 1 junio/14 al 31 diciembre/15, conforme al Decreto 1566 de 2014, toda vez que el mismo establece que este factor debe ser tenido en cuenta para liquidar todas las prestaciones y como quiera que la pensión es una de ella, debe tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada.

En cuanto a la inclusión de los demás factores solicitados se denegarán en aplicación del precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que estableció que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional de los docentes son, exclusivamente, los citados en la Ley 33/85.

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

#### **5.4.1. El régimen de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG<sup>13</sup>.**

La sentencia 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.

En ese sentido, se tiene que, 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 que, a partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: “(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y

---

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

13-001-33-33-012-2018-00147-01

*sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)*"

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

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

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

Ahora bien, el Consejo de Estado en la sentencia SU del 25 de abril de 2019<sup>14</sup> determinó que los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció el alto tribunal:

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

*50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>15</sup>, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta

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

<sup>15</sup> Ibídem.

13-001-33-33-012-2018-00147-01

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 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.” (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<sup>16</sup> vinculados a partir de 1º 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 1º 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%.

## 5.4 CASO CONCRETO

### 5.4.1 Hechos relevantes probados:

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

- La demandante nació el 14 de mayo de 1961<sup>17</sup>, y cumplió 55 años de edad en el año 2016.
- Mediante Resolución No. 0051 del 31 de enero de 2017, se le reconoció pensión de jubilación a partir del **15 de mayo de 2016**. En dicho acto administrativo se indicó, que la accionante prestó sus servicios como docente nacional desde 13 de febrero de 1995 hasta el 14 de mayo de 2016, por un periodo de 21 años, 3 meses y 2 días. Que, los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado y la prima de vacaciones<sup>18</sup>.
- Certificado laboral de la accionante en el que se avizora que devengó en los años 2015-2016, los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y vacaciones<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

<sup>17</sup> Folio 16 cdno 1 (fl. 17 digital)

<sup>18</sup> Folio 17-18 cdno 1 (fl. 18-20 digital)

<sup>19</sup> Folio 165-166 cdno 1 (fl. 186-187 digital)

#### **5.4.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

El acto demandado es la Resolución No. 0051 del 31 de enero 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 principio 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.

Para resolver lo anterior, este Tribunal primeramente expondrá que, si bien en materia de reliquidación pensional, el Consejo de Estado inicialmente produjo la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, cuya interpretación era más favorable a los pensionados, dicha tesis fue replanteada por la Sala Plena de lo contencioso Administrativo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018, la cual se constituye como un precedente vinculante y obligatorio para los casos que guardan identidad fáctica y que se encuentran pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, siempre que no se haya configurado el fenómeno de la cosa juzgada. Ello, precisamente para garantizar los derechos de aquellas personas cuyo derecho no se encuentra en discusión.

En virtud de lo anterior, esta Corporación sostendrá que, la decisión que se le debe aplicar al caso, es la nueva postura adoptada en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, la cual guarda consonancia con la tesis planteada en la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, y no la de la sentencia del 4 de agosto de 2010, como quiera que se trata de un caso que se encuentra pendiente de solución por vía judicial.

Sobre este aspecto, es importante resaltar los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018<sup>20</sup>, en la cual indicó 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*

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. 11001031500020070013600. Recurrente: Franklin Segundo García Rodríguez

13-001-33-33-012-2018-00147-01

*la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar. La función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia, es decir, el juez posee un rol principal dentro del sistema de fuentes, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho<sup>21</sup>. Así las cosas, la jurisprudencia se convirtió en una fuente formal 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”.*

En orden de lo expuesto, considera esta Judicatura que el argumento planteado por la parte actora en el recurso de apelación no está llamado a prosperar.

Ahora bien, revisado el fondo del asunto, encuentra esta Corporación que, conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora Marciana de la Torre, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 0051 del 31 de enero de 2017, en calidad de docente, tal y como se avizora en el cuerpo de la resolución objeto de esta demanda<sup>22</sup>. Que, a la accionante le era aplicable la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia; como quiera que se vinculó al servicio docente con anterioridad a la Ley 812/03.

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

---

<sup>21</sup> “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.

<sup>22</sup> Folio 17-18 cdno 1 (fl. 18-20 digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

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.

De acuerdo con el certificado laboral de la accionante, se tiene que en el año 2015-2016 (fecha anterior a la adquisición del status pensional) la señora Marciana de la Torre devengó, los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15, prima de grado, prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad, prima de servicios y vacaciones<sup>23</sup>. Sin embargo, en la resolución atacada **no** se le tuvieron en cuenta los siguientes factores: **prima de navidad, prima de servicios y bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15.**

Ahora bien, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada, se tiene que la prima de servicios y la prima de navidad no pueden ser reconocidas, toda vez que no hacen parte del listado contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985; además, la accionante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre dichos emolumentos por lo que, no debían ser reconocidos como parte del IBL. Por otro lado, no se hará pronunciamiento sobre la legalidad del acto Administrativo por la inclusión de los otros emolumentos que no hacen parte de la Ley 33/85, como quiera que ese no es el objeto de la demanda.

En lo relativo a la bonificación mensual, se advierte que, el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 *“Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones”*, 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*

<sup>23</sup> Folio 165-166 cdno 1 (fl. 186-187 digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016".

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.**

En ese orden de ideas, debe concluirse que la bonificación mensual es un factor que debe ser tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de los docentes que la devengaron en servicio activo.

Ahora bien, en el caso de marras, se tiene que la accionante solicita que se le incluyan los factores devengados en el último año anterior a la adquisición del status pensión, el cual, según la Resolución 0051 de del 31 de enero de 2017, tuvo ocurrencia el 15 de mayo de 2016; lo anterior permite concluir que, el último año anterior al status va desde **15 de mayo de 2015 al 15 de mayo de 2016**<sup>24</sup>, y que según el certificado de salarios traídos al proceso, la accionante devengó durante ese periodo la Bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 0051 del 31 de enero de 2016, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual devengada a partir del 15 mayo de 2015 al 15 de mayo de 2016. 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.

<sup>24</sup> Folio 17-18 cdno 1 (fl. 18-20 digital)

13-001-33-33-012-2018-00147-01

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.

El argumento de apelación referente a la condena en costas de primera instancia, no será objeto de estudio en esta instancia, como quiera que, verificada la sentencia dictada por el a quo se tiene que el mismo no condenó en costas a la demandante.

### **7.5. Prescripción.**

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se puede concluir que el caso concreto **no operó el fenómeno de la prescripción**, toda vez que la señora Marciana de la Torre adquirió el status de pensionada el 15 de mayo de 2016<sup>25</sup>., y la resolución que le liquidó su pensión se expidió el 31 de enero de 2017<sup>26</sup>., por lo que contaba hasta el 15 de mayo de 2019, de para demandar, constatándose que presentó el proceso en referencia el 27 de junio de 2018<sup>27</sup>, es decir, antes de los 3 años de prescripción del derecho, por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

### **5.3. De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este caso, la Sala se abstendrá de condenar en costas como quiera que la apelación fue parcialmente favorable.

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,

<sup>25</sup> Folio 17-18 cdno 1 (fl. 18-20 digital)

<sup>26</sup> Folio 17-18 cdno 1 (fl. 18-20 digital)

<sup>27</sup> Folio 1 cdno 1 (fl. 1 digital)

**VI.- FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 0051 del 31 de enero de 2017, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, señora Marciana de la Torre Vargas, expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en el presente proveído.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Marciana de la Torre Vargas, incluyendo dentro de la misma el 75% del promedio de la bonificación mensual a partir del 15 de mayo de 2015 al 15 de mayo de 2016.

**CUARTO:** Las diferencias pensionales que resulten a favor de la 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 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 de los nuevos factores señalados 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: DECLARAR** que no operó el fenómeno de la prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



13-001-33-33-012-2018-00147-01

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

**OCTAVO: DENIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda.

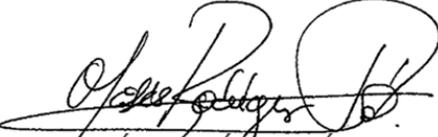
**NOVENO: NO CONDENAR EN COSTAS**, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 005 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ