

13001-33-33-002-2017-00247-01

Cartagena de Indias D.T. y C., once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-002-2017-00247-01
DEMANDANTE	MARIA ELENA GARRIDO CHICO cartagenagiraldoylopez@gmail.com
DEMANDADO	MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE.

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA.²

3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- Que la actora laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.
- Que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, a través de la Resolución N° 7291 del 30 de octubre de 2013, incluyó sólo la asignación básica, prima de vacaciones omitiendo tener en cuenta la prima de servicios, prima de navidad, y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último

¹ Folios 149 -151 cdr.1

² Folio 1-13 cdr.1

13001-33-33-002-2017-00247-01

año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

- Que la entidad demandada llamada a restablecer el derecho es Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio -Vinculado: Distrito De Cartagena De Indias- Secretaria De Educación Distrital por tener Interés en las resultas del proceso).

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad parcial del Acto Administrativo contenido en la Resolución N° 7291 de 30 de octubre de 2013, por medio de la cual se reconoció a la actora una pensión vitalicia de jubilación.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Declarar que la señora María Elena Garrido tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague le reconozca y una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 09 de julio de 2012 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.
- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a que a que reconozca y a la actora a una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 09 de julio de 2012 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.
- Que se condene a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la constitución política de Colombia y la ley.

13001-33-33-002-2017-00247-01

- Que se condene a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio a que realice efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de la pensionada. que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
- Que se condene a la Nación-Ministerio De Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales Del Magisterio al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 CPACA, tomando como base la variación del IPC.
- Que se condene a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio al 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 código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.
- Que se condene en costas a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Ley 91 de 1989 artículo 15; Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Señala que debe declararse la nulidad parcial del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento de la pensión ordinaria de la actora omitió su deber legal de Incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionada para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo de contera los lineamientos jurisprudenciales trazados

13001-33-33-002-2017-00247-01

para el efecto por la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

La entidad accionada contestó la demanda por fuera del término establecido en la Ley, no obstante, en ella se opuso a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento factico y jurídico necesario para su prosperidad.

Sostiene que los actos administrativos se encuentran acogidos por el principio de legalidad, y la parte demandante no acredita sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. Inexistencia de la obligación.
2. Cobro de lo no debido.
3. Prescripción.
4. Falta de legitimación en la causa por pasiva.
5. Compensación.
6. Excepción genérica o innominada.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia dictada en audiencia inicial de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)⁴, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

³ Folios 55-59 cdr 1

⁴**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: El Despacho se ABSTIENE de condenar en costas dentro de este proceso, de acuerdo a la considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Por secretaría de este Juzgado, una vez ejecutoriada esta decisión, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor legal y devuélvanse los remanentes si los hubiere."

13001-33-33-002-2017-00247-01

Precisó el A-quo que además de los factores incluidos en el acto de reconocimiento pensional, los factores salariales que se piden no se encuentran consagrados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, razón por la cual se negó las pretensiones de la demanda, puesto que a la luz de la ley y de la nueva posición jurisprudencial unificada, si los factores reclamados no están taxativamente señalados en la ley como factores de salario computable no pueden ser tenidos en cuenta al momento de liquidar el monto de la pensión.

4.2. Recurso de Apelación.⁵

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar, se debe ordenar a que se haga el reconocimiento, inclusión y pago, de todos los factores salariales en la pensión de jubilación devengada por María Helena Garrido Chico, y se ordene atender al precedente judicial que sobre el tema edificó el Consejo de Estado mediante Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 que se ajustaba más a los principios que rigen las relaciones laborales.

Precisa que la decisión del A quo se basó entre otros fundamentos, por la reciente jurisprudencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, la cual no puede ser aplicada en el caso en concreto por cuanto no se puede interpretar que los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación, que fue el estudio unificado que se determinó para quienes si se encuentran o no, en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, opera para quienes fueron precisamente excluidos de cualquier aplicación de la propia ley en su artículo 279.

Por otro lado, hace alusión que la situación que se presenta en el caso merece una especial protección del Estado, toda vez que no puede suceder que por el retraso de la Justicia para tramitar un proceso que debió haberse expedido hace más de 1 año, el Despacho no acoja el precedente que ha venido aplicando, sino que en su lugar, acoja un nuevo lineamiento defraudando la confianza legítima que impuso la demandante al iniciar el presente proceso, toda vez que mediante las sentencias proferidas con anterioridad por este mismo Despacho se les reconoció el derecho a otros docentes, dando aplicación a lo establecido en la Sentencia de Unificación

⁵ Folio 165 cdr.1

13001-33-33-002-2017-00247-01

del 4 de Agosto de 2010, sentencia que se encontraba vigente a la fecha de radicación de la presente demanda.

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁶, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)⁷, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.4. Alegaciones.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada presentó alegatos de conclusión.⁸

4.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código

⁶ Folio 4 cdr.2

⁷ Folio 8 cdr.2

⁸ Folios 11 cdr 2

13001-33-33-002-2017-00247-01

General del Proceso, de conformidad con el cual “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

6.2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Resulta aplicable a los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG lo resuelto en la sentencia de unificación 00143 de fecha 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado?

En caso de ser negativo el problema jurídico anterior, deberá resolverse el siguiente planteamiento:

¿Le asiste a la parte actora el derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional, de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010?

6.3. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, puesto que a la luz de la ley y la jurisprudencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado⁹, la actora no tiene derecho a que los factores salariales discutidos conformen su IBL.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

6.4.1. Del precedente judicial.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01.

13001-33-33-002-2017-00247-01

La Honorable Corte Constitucional¹⁰ ha definido el precedente judicial como la sentencia o el conjunto de sentencias que presentan similitudes en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y (iii) en las que en su *ratio decidendi* se fija una regla para resolver la controversia suscitada, que sirve igualmente para darle solución a los nuevos casos.

En ese orden, dicha Corporación mediante sentencia SU-354 de 2017, estableció que el precedente judicial se puede clasificar en dos categorías, como son: (i) el precedente horizontal, esto es, que las decisiones adoptadas han sido proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones emanadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar jurisprudencia.

Igualmente, resulta importante traer a colación que, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de sus respectivas jurisdicciones, así como la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución Política, tienen el deber de unificar jurisprudencia al interior de la jurisdicción ordinaria, contenciosa administrativa y constitucional, de tal manera que los pronunciamientos emitidos por dichos órganos se convierten en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

De otra parte, para que el Juez o Magistrado pueda apartarse del precedente establecido por el Tribunal de cierre, es necesario que se den tres condiciones, esto es, (i) que exista ausencia de identidad fáctica, de tal manera que impida aplicar el precedente al caso en concreto; (ii) que exista un desacuerdo en las interpretaciones normativas realizadas en el precedente; y (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.¹¹

6.4.2. Del principio de confianza legítima.

Respecto a este principio la Corte Constitucional¹² señaló que en su esencia consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el que puede confiar. A su vez, señaló que no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia de fecha 10 de junio de 2014. Expediente T-4.248.813. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 621 de fecha 30 de septiembre de 2015. Expediente D-10609. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Sentencia C-131 de 2004.

13001-33-33-002-2017-00247-01

expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.

Por otro lado, el H. Consejo de Estado¹³ manifestó que la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas, tratándose del órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales, precisando que este principio constitucional no tiene la connotación de principio absoluto y, por tanto, es factible su limitación o restricción, en razón de otros principios constitucionales que también ameriten aplicación según las particularidades del caso.

6.4.3. Regulación de la pensión ordinaria de los docentes oficiales.

El régimen prestacional aplicable, actualmente a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el parágrafo transitorio primero del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003¹⁴, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

¹³ Sentencia de tutela de fecha 26 de septiembre de 2016 proferida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado.

¹⁴ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 - Ley General de Educación-, en su artículo 115¹⁵, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993¹⁶, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989¹⁷.

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1 del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados 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, esto es, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que

15 Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

* Artículo 6. (...)

"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otras clases de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(..)"

¹⁷ Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;...". (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

13001-33-33-002-2017-00247-01

venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.¹⁸

A su vez, el numeral segundo literal b)¹⁹ de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Conforme a lo anterior, a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 les era aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos nacionales -Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78- y los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, estaban cobijados por el régimen territorial, es decir, la Ley 6 de 1945.

Lo anterior se mantuvo hasta la expedición de la Ley 33 de 1985, la cual unificó el régimen pensional.

Ahora bien, la Ley 33 en el párrafo segundo de su artículo 1 consagró un régimen de transición, el cual previó para los trabajadores oficiales que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha de su entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la Ley 6 de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

En orden a lo expresado, se entiende que a los docentes (nacionales, nacionalizados y territoriales), vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les es aplicable el régimen pensional general previsto en la Ley 33 de 1985, a menos que se encuentren cobijados por el régimen de transición contemplado en esa normatividad.

¹⁸ "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:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir de lo. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

» "Artículo 15. (...)

13001-33-33-002-2017-00247-01

6.4.4. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional.

El Consejo de Estado en lo que respecta a la liquidación pensional, en principio manifestó que los beneficiarios del régimen de transición pensional debían ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicio del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante sentencia de 25 de febrero de 2016²⁰, en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión en el régimen de transición.

Sin embargo, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante sentencia de Unificación 00143 del 28 de agosto de 2018²¹, se apartó de la línea jurisprudencial que hasta la fecha venía aplicando y se acogió a la posición adoptada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, manifestó que si bien el IBL hace parte del régimen de transición, este se aplicará de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 o, según lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y no en los términos consagrados en la normatividad anterior, fijando de ese modo, una nueva regla jurisprudencial frente al asunto en cuestión.

En ese orden de ideas, se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar según lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma.

Finalmente, el Consejo de Estado precisó que la anterior regla jurisprudencial no cobija a los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

²⁰ Expediente No. 2013-01541 (4683-2013)

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

13001-33-33-002-2017-00247-01

6.4.5. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (Sentencia de unificación)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo²² 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, y sentó jurisprudencia frente a los factores a incluir para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Al respecto, fijó como regla jurisprudencial que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, se tendrán en cuenta sólo los factores salariales sobre los que se hayan hecho los respectivos **aportes** de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se podrá incluir ningún factor diferente a los establecidos en dicho artículo.

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual, "*en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales **devengados** durante el último año de servicios*".

Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las **cotizaciones**" y se subrayó que "*los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación*". Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que **se aporta** y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

6.5. CASO EN CONCRETO.

6.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Resolución N° 7291 de 30 de octubre de 2013, “por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una **PENSIÓN DE JUBILACIÓN CUOTAS PARTES** al docente: **GARRIDO CHICO MARIA ELENA.**”, en cuantía de \$ 1.704.706. (Fl.14-16)
- Copia de la cedula de ciudadanía de la María Elena Garrido De chico identificada con N° 33.158.710.(Fl.17)
- Formato único para la expedición de certificados de salarios desde el 01 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012. (Fl.27)
- Formato único para la expedición de certificado de historial laboral. (Fl.28-29)

6.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Descendiendo al *asunto objeto de estudio*, se tiene que la parte demandante sostiene en el recurso de apelación interpuesto, que el A quo no acogió el precedente que se venía aplicando, sino que por el contrario atendió un nuevo lineamiento jurisprudencial defraudando el principio de confianza legítima.

En ese orden, de cara al marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, se tiene que este principio constitucional no tiene connotación de principio absoluto, así, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas, por lo tanto, no se desconoce el principio de confianza legítima. De igual forma, precisa este Tribunal que cualquier autoridad judicial al entrar a resolver una controversia suscitada dentro de un caso en concreto, debe dar aplicación a la normatividad que se encuentre vigente dentro del término que se tenga para proferir la respectiva decisión.

De otra parte, en lo que respecta al precedente judicial, ha manifestado el Máximo Órgano Constitucional que tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado y la misma Corte Constitucional, al ser los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones, tienen el deber de

13001-33-33-002-2017-00247-01

unificar jurisprudencia sobre casos que tengan similitud fáctica y similitud en materia de problemas jurídicos, de tal manera, que lo resuelto tendrá fuerza vinculante para las autoridades judiciales que se encuentren en un nivel jerárquico inferior.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala evidencia que de conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto, no le asiste razón a la parte actora, comoquiera que con la aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, el Juez de primera instancia no viola ningún principio constitucional y mucho menos derechos de carácter fundamental, puesto que se ajusta y acata la posición adoptada por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que la misma tiene fuerza vinculante.

Cabe precisar que la parte actora en su recurso de apelación afirma que la sentencia objeto de recurso aplicó de manera errónea la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, sin embargo, al estudiar la providencia apelada se evidencia que la sentencia aplicada por el A quo fue la reciente sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, no obstante, es necesario señalar que el juez de primera instancia sostuvo tal y como manifestó la apelante, que dicha providencia si era aplicable a los docente, aunque la misma no fue el fundamento jurisprudencial para tomar la decisión.

Ahora bien, la sentencia de Unificación 00143 de fecha 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, si bien unifica jurisprudencia respecto al ingreso base de liquidación para los trabajadores que se encuentran cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala igualmente de manera taxativa, que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estarán exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100, comoquiera que su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, de conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto, le asiste razón a la parte actora en lo concerniente a que los criterios allí establecidos no aplican para los docentes, toda vez que al encontrarse vinculados al FOMAG y al estar cobijados por un régimen especial, deben ajustarse a lo consagrado en la normativa establecida para ello, esto es, la Ley 91 de 1989, sin embargo, se reitera que la sentencia en mención no fue la aplicada en la providencia objeto del recurso.

13001-33-33-002-2017-00247-01

Frente a la sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, es preciso indicar que se estableció que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para el IBL a fin de liquidar la pensión de jubilación de los empleados públicos, serían aquellos sobre los cuales se hubiese devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, sin importar si sobre ellos se hubiese cotizado o no.

La posición anterior, fue rectificada por el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018²³, luego de ajustarse a lo establecido por la Corte Constitucional frente al tema en cuestión.

Cabe resaltar que, en la sentencia del 04 de agosto de 2010, el Máximo Órgano no se pronunció de manera específica respecto de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que la decisión adoptada se hizo teniendo en cuenta a los empleados públicos en general, razón por la cual, esta Magistratura no encuentra similitud fáctica con la sentencia de fecha 25 de abril de 2019.

En ese sentido, encuentra la Sala que no se cumple una de las condiciones necesarias para considerar, frente al caso en concreto, la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010 como precedente judicial respecto de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales se encuentran revestidos de un régimen especial.

Pues bien, el Consejo de Estado mediante reciente fallo de unificación²⁴, previó que en el caso de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores salariales que se tendrán en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación **serán sólo aquellos sobre los cuales se hayan hecho aportes, conforme a lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.**

En ese orden, conforme a las circunstancias fácticas probadas, dentro del presente asunto, la Sala evidencia que la accionante se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, 17 de julio de 1989, según se corrobora en la Resolución No. 7291 del 30 de octubre de 2013²⁵.

²³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

²⁴ Ibidem.

²⁵ "por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una **PENSIÓN DE JUBILACIÓN CUOTAS PARTES** al docente: **GARRIDO CHICO MARIA ELENA.**", en cuantía de \$ 1.704.706. (Fl.14-16)

13001-33-33-002-2017-00247-01

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente nacionalizada vinculada desde el 17 de julio de 1989, tal y como se observa en la Resolución No. 7291 del 30 de octubre de 2013 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo a los supuestos fácticos antes relacionados y el recuento normativo expuesto, se tiene que el régimen pensional aplicable a la accionante es el contenido en la Ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijada por la transición consagrada en tal normatividad.

Por lo anterior, se concluye que la accionante no reunía el requisito de los 15 años de servicio exigido para estar cobijada por la transición prevista en la Ley 33 de 1985, y en consecuencia, le resulta aplicable el régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la Ley 62 de 1985 la cual dispuso respecto de la pensión de jubilación el "equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio", para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

En cuanto a los factores salariales, la mencionada Ley (modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985), dispone que *"la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."*

Bajo los anteriores parámetros y teniendo presente lo probado en el proceso, tenemos que la actora durante el año anterior al 08 julio de 2012, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada, devengó: **asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones**; por lo que señala que la entidad omitió agregar como factor salarial para su IBL, la **prima de servicios, prima de navidad y demás factores salariales**, a pesar de haberlas devengado, no obstante, conforme al lineamiento analizado, al no encontrarse expresamente consagradas la prima de navidad, la prima de servicios en el

13001-33-33-002-2017-00247-01

artículo 1 de la Ley 62 de 1985, no es posible incluir dichos factores en el IBL de la demandante.

Finalmente, se percata la Sala que al actor se le liquidó el quantum de la pensión teniendo en cuenta la asignación básica y prima de vacaciones, siendo que este último factor, tampoco se encuentra enlistado en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, sin embargo, esta Judicatura no puede desconocer la situación jurídica adquirida por el apelante único, que en este caso, corresponde a la parte demandante, por lo que se deberá aplicar el principio de la *no reformatio in pejus*, manteniendo el reconocimiento de los precitados factores en el IBL de la actora.

Por consiguiente, la Sala advierte que debe mantenerse la legalidad de los actos acusados y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia por las consideraciones aquí anotadas.

6.6. CONDENA EN COSTAS.

Si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones con ocasión de un cambio jurisprudencial que se produjo durante el transcurso del proceso, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

13001-33-33-002-2017-00247-01

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida en audiencia en fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

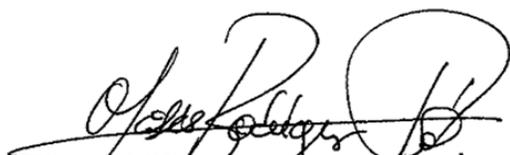
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-33-002-2017-00247-01.