

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-004-2017-00305-01
DEMANDANTE	ANA GETRUDIS VERGARA MERCADO 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 de fecha veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Cuarto 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 base de liquidación pensional en reliquidación por retiro definitivo, a través de la Resolución N° 6403 del 31 de agosto de 2017, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

¹ Folios 190-198 cdr.1

² Folio 1-12 cdr.1

13001-33-33-004-2017-00305-01

- 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- Secretaría 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° 6403 del 31 de agosto de 2017, por medio de la cual se reconoció y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación a la actora.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Declarar que la señora Ana Vergara Mercado tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague le reconozca y una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 10 de enero de 2017 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 a la actora a una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 10 de enero de 2017 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.
- 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

13001-33-33-004-2017-00305-01

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

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.2.1. DISTRITO DE CARTAGENA.³

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la Ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por cuanto no le corresponde al Distrito de Cartagena participación alguna dentro del proceso, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva al ser vinculado al presente proceso de manera errónea.

Arguye que la parte no tiene derecho al reconocimiento de reliquidación de su pensión de jubilación por la no inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica.

3.2.1. MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG.⁴

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la Ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento factico y jurídico necesario para su prosperidad.

Arguye que la pretensión de la señora Ana Gertrudis Vergara Mercado no esta ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año estatus de pensión.

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.

³ Folio 32-37 cdr.1

⁴ Folio 94-105 cdr.1

3.2.3. MINISTERIO DE DEFENSA.

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la Ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable, teniendo en cuenta la entidad ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso concreto y la señora Ana Vergara Mercado en ningún caso ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva.
2. Excepción de buena fe.
3. Prescripción de derechos laborales.
4. Presunción de legalidad del acto acusado.
5. La innominada.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia dictada en fecha veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)⁵, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Precisó el A-quo que no es procedente reliquidar la pensión de jubilación que disfruta el docente con el 75% del salario promedio mensual devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de su retiro definitivo, con la inclusión de todos los factores percibidos en dicho lapso, ello, en aplicación a la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019.

4.2. Recurso de Apelación.⁶

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, insistiendo en que al demandante si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales.

⁵**PRIMERO:** DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, Archívese el expediente, previa devolución del remanente de los gastos del proceso los remanentes si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias Respectives."

⁶ Folio 202-212 cdr.2

13001-33-33-004-2017-00305-01

Sostuvo que no existe seguridad jurídica para las personas que demandaron años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019; con la esperanza de que, su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme lo establece la sentencia del 4 de agosto de 2010⁷, 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, así como el derecho a la igualdad, ya que personas en igualdad de condiciones tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas, cuyos fallos, fueron conforme al respeto de sus derechos pensionales establecidos en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Argumenta que, si bien se hace necesario unificar jurisprudencia, con el fin de evitar sentencias contradictorias, ocurre todo lo contrario con la reciente sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, puesto que contradice cabalmente la sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010, afectando a su vez, la seguridad jurídica, y vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Manifiesta que más que estudiar la posibilidad o no que le asiste al demandante de percibir factores salariales en la liquidación de su pensión de jubilación, se debe analizar cuál es la sentencia que resulta aplicable al caso en concreto.

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021)⁸, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021)⁹, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.4. Alegaciones.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada Distrito de Cartagena¹⁰ presentó alegatos de conclusión.

⁷ Radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

⁸ Folio 4 cdr.3

⁹ Folio 8 cdr.3

¹⁰ Folio 12 cdr.3

La parte demandada Ministerio de Educación-FOMAG no presentó alegatos de conclusión.

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 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:

¿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

13001-33-33-004-2017-00305-01

de la pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

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 Estado¹¹, 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.

La Honorable Corte Constitucional¹² 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.

¹¹ 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.

¹² Corte Constitucional. Sentencia de fecha 10 de junio de 2014. Expediente T-4.248.813. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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.¹³

6.4.2. Del principio de confianza legítima.

Respecto a este principio la Corte Constitucional¹⁴ 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 expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.

Por otro lado, el H. Consejo de Estado¹⁵ 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.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C – 621 de fecha 30 de septiembre de 2015. Expediente D-10609. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Sentencia C-131 de 2004.

¹⁵ Sentencia de tutela de fecha 26 de septiembre de 2016 proferida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado.

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 2003¹⁶, 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.

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 115¹⁷, 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 1993¹⁸, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes

¹⁶ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"

¹⁷ 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

13001-33-33-004-2017-00305-01

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 1989¹⁹.

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 venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.²⁰

A su vez, el numeral segundo literal b)²¹ 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

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.

(..)"

¹⁹ 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))

²⁰ "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. (...)

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.

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 2016²², 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

²² Expediente No. 2013-01541 (4683-2013)

transición.

Sin embargo, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante sentencia de Unificación 00143 del 28 de agosto de 2018²³, 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.

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 fallo²⁴ 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

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 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).

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.

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° 6403 de 31 de agosto de 2017, "*por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una **RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR CUOTAS PARTES** al docente: **VERGARA MERCADO ANA GERTRUDIS.***", en cuantía de \$ 2.443.857 (Fl.13-15)
- Cedula de ciudadanía de la señora Ana Gertrudis Vergara Mercado identificada con N° 45.431.328. (Fl.16)
- Formato único para la expedición de certificados de salarios desde el 01 de enero de 2016 al 10 de enero de 2017, se evidencia que el demandante devengó los siguientes factores salariales; asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes. (Fl.17)

- Formato único para la expedición de certificado de historial laboral. (Fl.18-19)

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

Descendiendo al *asunto objeto de estudio*, se observa que la parte demandante solicita en el recurso de apelación interpuesto que se dé aplicación al precedente judicial establecido en la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, comoquiera que la reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 emanada por la misma Corporación, viola flagrantemente el principio de la seguridad jurídica.

En ese orden, de cara al marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, se tiene que la Honorable Corte Constitucional ha establecido que si bien el principio de la seguridad jurídica tiene rango constitucional, no es menos cierto que al momento en que la autoridad judicial deba entrar a resolver una controversia suscitada dentro de un caso en concreto, se 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 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 de fecha 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, el Juez de primera instancia no viola el principio de la seguridad jurídica, 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.

Ahora bien, la sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, estableció que los factores salariales que

13001-33-33-004-2017-00305-01

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 2018²⁵, 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 unificación²⁶, 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.**

Luego entonces, no le asiste la razón a la demandante al pretender que se le dé aplicación a la Sentencia de Unificación de fecha 04 de agosto de 2010, proferida por el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues dicha posición, fue rectificada por el Consejo de Estado, limitando el reconocimiento del IBL, en los términos esbozados.

En ese orden, conforme a las circunstancias fácticas probadas, dentro del presente asunto, la Sala evidencia que la accionante se vinculó al sistema

²⁵ 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.

²⁶ Ibidem.

13001-33-33-004-2017-00305-01

educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, 01 de octubre de 1984, según se corrobora en la Resolución No.6403 del 31 de agosto de 2017.²⁷

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente nacionalizada vinculada desde el 01 de octubre de 1984, tal y como se observa en la Resolución No. 6403 del 31 de agosto de 2017 (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 el actor durante el año anterior al 10 de enero de 2017, fecha

²⁷"por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una **RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR CUOTAS PARTES** al docente: **VERGARA MERCADO ANA GERTRUDIS.**" Folio 13 cdr.1

13001-33-33-004-2017-00305-01

en la que adquirió el estatus de pensionada, devengó: **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes**; por lo que señala que la entidad omitió agregar como factor salarial para su IBL, la **prima de vacaciones, prima de navidad** y la **prima de servicios** a pesar de haberlas devengado, no obstante, conforme al lineamiento analizado, al no encontrarse expresamente consagradas la prima de servicios, prima de vacaciones y la prima de navidad en el 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 a la actora se le liquidó el quantum de la pensión teniendo en cuenta la asignación básica, y la 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 confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la actora, por las consideraciones aquí anotadas.

6.6. CONDENAS 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,

FALLA

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

SEGUNDO: Sin condena en costas.

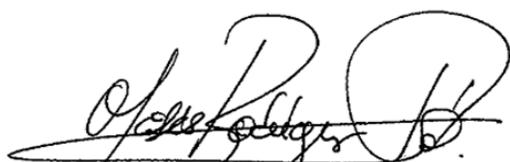
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

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. 13001-33-33-004-2017-00305-01.