

13001-33-33-007-2019-00037-01

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-007-2019-00037-01
DEMANDANTE	EDITH ANGELA PUELLO PUPO 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 fecha treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Séptimo 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° 9077 del 23 de noviembre de 2016, incluyó sólo salario básico y prima de vacaciones omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de servicios y demás factores salariales

¹ Folios 126-131 cdr.1

² Folio 1-20 cdr.1

13001-33-33-007-2019-00037-01

percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último 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- 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° 9077 del 23 de noviembre de 2016, por medio de la cual se reconoció a la actora una pensión vitalicia de jubilación.

Así mismo, solicita que se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 30 de enero de 2019, frente a la petición presentada el día 30 de octubre de 2018, mediante la cual se niega a la actora la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el ultimo año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Declarar que la señora Edith Puello Pupo tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague le reconozca y una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 12 de agosto de 2016 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 12 de agosto de 2016 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.

13001-33-33-007-2019-00037-01

- 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 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

13001-33-33-007-2019-00037-01

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

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 no resulta procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Edith Angela Puello Pupo, toda vez que los factores salariales que debe ser tenidos en cuenta a la hora de calcular el ingreso base liquidación, para el monto de la mesada pensional, deben ser únicamente sobre los cuales hayan efectuado aportes o cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensión.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. Cobro de lo no debido.
2. Prescripción de mesadas.
3. Reconocimiento oficioso o genérica

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia dictada en fecha treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)⁴, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Precisó el A-quo que se acoge a la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 y con fundamento a ello consideró que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, tal y como pretende.

³ Folios 73-82 cdr.1

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

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias respectivas."

13001-33-33-007-2019-00037-01

4.2. Recurso de Apelación.⁵

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.

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 2010⁶, 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)⁷, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021)⁸, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

⁵ Folio 222-233 cdr.1

⁶ Radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

⁷ Folio 5 cdr.2

⁸ Folio 9 cdr.2

4.4. Alegaciones.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

4.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público emitió concepto de fondo manifestando que se debe confirmar la sentencia apelada habida cuenta que para el caso concreto de los docentes y de los demás trabajadores exceptuados expresamente de la aplicación de la Ley 100 de 1993, también resulta aplicable a segunda subregla expuesta por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación de Sala Plana de lo Contencioso Administrativo del 18 de agosto de 2018, según la cual, solo hacen parte del IBL, los factores que sirvieron de base para liquidar aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

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”*.

13001-33-33-007-2019-00037-01

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 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 revocará 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 parte demandante tiene derecho a que las horas extras, conforme su IBL, debido a que fueron cotizadas en el año anterior a la fecha de adquirir su status.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

6.4.1. Del precedente judicial.

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

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.

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

13001-33-33-007-2019-00037-01

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

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.

13001-33-33-007-2019-00037-01

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.

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 -

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"

13001-33-33-007-2019-00037-01

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

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))

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:

13001-33-33-007-2019-00037-01

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.

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

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. (...)

13001-33-33-007-2019-00037-01

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.

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

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.

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).

13001-33-33-007-2019-00037-01

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 1º 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° 9077 de 23 de noviembre de 2016, "*por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una **PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN** a la docente: **PUELLO PUPO EDITH ANGELA***"., en cuantía de \$ 2.361.053 (Fl.21-22)

13001-33-33-007-2019-00037-01

- Cédula de ciudadanía de la señora *Edith Angela Puello Pupo* identificada con N° 33.150.074. (Fl.23)
- Formato único para la expedición de certificado de historial laboral. (Fl.24-25)
- Formato único para la expedición de certificados de salarios desde el 01 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016, se evidencia que el demandante devengó los siguientes factores salariales; asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes. (Fl.26)

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,

13001-33-33-007-2019-00037-01

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 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.**

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

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).

13001-33-33-007-2019-00037-01

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 educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, 12 de agosto de 1996, según se corrobora en la Resolución No. 9077 del 23 de noviembre de 2016.²⁵

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente nacionalizada vinculada desde el 12 de agosto de 1996, tal y como se observa en la Resolución No. 9077 del 23 de noviembre de 2016 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con 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.

Ahora, veamos si los factores reconocidos en el acto acusado corresponden a los que efectivamente la actora devengó según el certificado laboral y que se encuentra enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, según la siguiente ilustración;

²⁵ "por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una **PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN** a la docente: **PUELLO PUPO EDITH ANGELA.**" Folios 21-22 cdr.1



13001-33-33-007-2019-00037-01

FACTORES SALARIALES PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO²⁶	FACTORES RECONOCIDOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO	FACTORES ENLISTADOS EN LA LEY 62 DE 1985²⁷ PARA CALCULAR IBL
Asignación básica	Asignación básica	Sí
Prima de navidad		No
Prima de servicios		No
Prima de vacaciones docentes	Prima de vacaciones	No
Horas extras		si

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que los factores salariales que pretende la actora que sean incluidos en su IBL no se encuentra expresamente consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, estos son, la prima de navidad y prima de servicios, razón por la cual no es posible incluir dichos factores en el IBL de la demandante.

Por otra parte, observa esta Judicatura que la demandante percibió horas extras en el último año de servicios, pero dicho emolumento, a pesar de encontrarse enlistado en la Ley 33/85 y ley 62 de 1985, no fue tenido en cuenta por la entidad demandada para el cálculo de su pensión.

En ese orden de ideas, se ordenará la reliquidación de la pensión de la señora Edith Angela Puello Pupo, únicamente en lo que respecta a la inclusión de las horas extras como factor salarial, aun cuando no se demostrará que sobre dicho emolumento se hubieran realizado aportes, toda vez que, no puede desconocerse que el deber de liquidar los aportes para pensión es del empleador, y que el trabajador no puede verse afectado por las omisiones que éstos realicen frente al cumplimiento de las normas legales. En ese sentido, debe resaltarse que la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85, establece de forma clara cuales son los factores sobre los cuales se debe cotizar la pensión y si el empleador no los tuvo en cuenta, las consecuencias de dicho descuido no pueden afectar a la parte más débil de la relación laboral.

²⁶ Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios-Fl.26-respaldo

²⁷ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, 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.

13001-33-33-007-2019-00037-01

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.

En ese orden de ideas, se revocará la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad parcial de la resolución N.º 9077 del 23 de noviembre de 2016 expedida por la Secretaría de Educación Distrital, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la pensión de la señora Edith Puello Pupo teniendo en cuenta el factor correspondiente a las horas extras.

6.5.3. LA PRESCRIPCIÓN.

El Consejo de Estado²⁸ ha dicho reiteradamente que las mesadas se encuentran sujetas a prescripción trienal (3 años) de los derechos laborales y el fenómeno de prescripción se interrumpe con la reclamación que realice el interesado ante la entidad.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se tiene que, la accionante adquirió el status pensional el **11 de agosto de 2016**²⁹, y como quiera que presentó escrito de reconocimiento de su derecho el **19 de agosto de 2016**, interrumpió el término de prescripción por 3 años más, los cuales vencían en agosto de 2019; sin embargo, la demanda fue presentada el 22 de febrero de 2019³⁰, por lo que deben entenderse que lo hizo dentro término que dispone la ley.

6.6. CONDENA EN COSTAS.

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 a la parte demandante, como quiera que las pretensiones prosperaron parcialmente.

²⁸ Sentencia No. 00718 del 02 de febrero de 2017. Radicado: 150012333000201300718 01 (1218-2015). C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

²⁹ Resolución 9077 del 23 de noviembre de 2016.

³⁰ Acta de Reparto-Fl.27

13001-33-33-007-2019-00037-01

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida en fecha treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. y en su lugar determínese lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No N.º 9077 del 23 de noviembre de 2016, por medio de la cual se reconoció y se ordenó el pago de una pensión vitalicia de vejez a la señora Edith Puello Pupo, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Edith Puello Pupo a partir del 12 de agosto de 2016, fecha a partir de la cual la demandante entró a gozar su pensión, con la inclusión de las horas extras que fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada.”

TERCERO: 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 pensión, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensión con la inclusión del nuevo factor señalado anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar a la pensionada, 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.

QUINTO: Negar las demás pretensiones, de conformidad a lo expuesto en esta providencia.

SEXTO: La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista por el artículo 192 del CPACA. “

13001-33-33-007-2019-00037-01

SEGUNDO: Sin condena en costas.

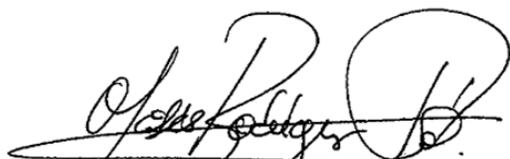
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

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. 13001-33-33-007-2019-00037-01.