

Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00268-01
Demandante	ANA CRISTINA CUSTO DE VIVANCO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 16 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene en su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la pensión de los docentes, con la inclusión de todos los factores salariales, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su estudio, motivo por el cual, con fundamento en el

¹En aplicación del artículo 4 del acuerdo pcsja20-11521 de 19 de marzo de 2020 del csj que autorizó a los tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13-001-33-003-2017-00268-01

artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1. Pretensiones³.

En la demanda se solicita que se accedan a las siguientes peticiones:

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No 0335 del 10 de febrero de 2017, por medio del cual se reliquidó, por retiro definitivo, la pensión reconocida a la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, en lo que tiene que ver con la cuantía de la mesada pensional, toda vez que no se le incluyeron todos los factores salariales a que tenía derecho.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a reconocer y pagar a la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO el ajuste de Pensión de jubilación a partir del 15 de junio de 2015, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado por ella en el último año antes de adquirir el status de pensionada.

TERCERO: Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR que, el valor resultante de la pensión, se reajuste en los términos del artículo 187 del CPACA y se condene en costas.

CUARTO: Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR que efectué el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho.

QUINTO: Que se reconozcan intereses moratorios y se condene en costas.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

² Folio 1-13 cdno 1

³ Folio 2-3 cdno 1

3.1.2. Hechos⁴.

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

La señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO prestó sus servicios como docente durante más de veinte (20) años, cumpliendo los requisitos para pensionarse; por lo que dicha prestación le fue reconocida mediante Resolución No 0335 del 10 de febrero de 2017, en la que solo se incluyó la asignación básica, la prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad, omitiendo tener en cuenta la prima de servicios y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año anterior al cumplimiento del status.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas: La Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, la Ley 115 de 1994, la Ley 812 de 2003 y el Decreto 1045 de 1978

Expone, que la disposición normativa contenida en el artículo 81 de la Ley 812/03, definen las pautas que deben tenerse en cuenta, para determinar el régimen prestacional aplicable a los docentes, tomando como referencia, la fecha en la cual el empleado fue vinculado al servicio educativo estatal; en ese orden de ideas, si su vinculación fue anterior a la vigencia de la Ley 812/03, su régimen prestacional es el contemplado en la Ley 91/89, pero si fue posterior, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 100/93.

Sostiene, que en el caso *sub examine*, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 91/89, razón por la cual, debe tenerse en cuenta la Ley 33/85 para liquidar la pensión de la demandante. De acuerdo con la norma anterior, para adquirir la pensión, el docente debe acreditar 20 años de servicio y 55 años de edad; y, la misma, debe calcularse sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes; por lo expuesto, no puede entenderse que los factores salariales para calcular la pensión docente son taxativos, puesto que con base en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, deben incluirse en la base de liquidación todos los factores devengados en el último año de servicios.

⁴ Folio 4 cdno 1

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁵.

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de la misma, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión a la señora ANA CRISTINA CUSTODE gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso.

Afirma que la pretensión de la demandante no se encuentra ajustada a derecho puesto que, no es viable conforme a la ley el reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no se ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Igualmente, señala que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez la demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente (Ley 100/93 y 797/03).

Como excepciones propone la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, compensación y genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 16 de septiembre de 2019, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda, con fundamento en la sentencia SU de 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, en la que se determina que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de los docentes son aquellos dispuestos en la Ley 33/85 modificada por la Ley 62/85.

Que, de acuerdo con el certificado de salarios traído al proceso, se tenía que los factores no incluidos en la pensión eran la prima de servicios y la bonificación

⁵ Folio 109-119 cdno 1

⁶ Folio 182-186 cdno 1

13-001-33-003-2017-00268-01

mensual; sin embargo los mismos no debían ser reconocidos puesto que no se encontraban enlistados en la Ley 33/85 ni se había demostrado que sobre ellos se hicieran cotizaciones.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, alegando que la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 al caso concreto, viola el principio de confianza legítima toda vez que la demanda fue radicada en vigencia del precedente constituido por la sentencia del año 2010.

Sostiene que, no existe seguridad jurídica para las persona que demandaron en años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada conforme lo establece la sentencia del 4 de agosto de 2010, pero que, en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida. Indica, que existe una vulneración de derechos para aquellas personas que, estando en iguales condiciones, tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas cuyos fallos fueron conforme a la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Expone que, más que estudiar la posibilidad o no que le asiste a la demandante de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que el *ad quem* debe analizar es cuál jurisprudencia es la que se debe aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro que la demandante tenía derecho a lo que reclamaba; ello, con fundamento en una sentencia de unificación del año 2010, que no fue sacada del mundo jurídico, taxativamente, por la sentencia SU del 2019.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 20 de febrero de 2020⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 7 de octubre de 2020⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 9 de febrero de 2021¹⁰.

⁷ Folio 194-203 cdno 1

⁸ Folio 1 cdno 2

⁹ Folio 4 cdno 2

¹⁰ Folio 8 cdno 2

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: Presentó escrito de alegatos ratificándose en los argumentos del recurso¹¹

3.6.2. Parte demandada FOMAG: No presentó escrito de alegatos.

3.6.3. Ministerio Público: Presentó concepto manifestando que la accionante no tiene derecho a la inclusión de todos los factores, con excepción de la bonificación mensual.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

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

¿Tiene la señora ANA CRISTINA CUSTODE derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios anterior al retiro?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para acceder al reconocimiento de la

¹¹ Folio 12-15 cdno 2

13-001-33-003-2017-00268-01

bonificación mensual 1 junio/14 al 31 diciembre/15, conforme al Decreto 1566 de 2014, toda vez que el mismo establece que este factor debe ser tenido en cuenta para liquidar todas las prestaciones y como quiera que la pensión es una de ella, debe tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada.

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

De igual forma, no se reconocen las horas extras, por no haber sido devengadas en el año anterior a la adquisición del status.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cobija a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹².

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia así como la primera subregla, *“no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”*.

Dicha sentencia no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, por tanto, no es aplicable y no constituye precedente judicial de los temas pensionales de estos servidores públicos por no tener identificación fáctica ni jurídica¹³.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral

¹² sentencia su 014 de 25 de abril de 2019, de la sala plena de lo contencioso administrativo, consejo de estado.

¹³ *ibídem*.

13-001-33-003-2017-00268-01

de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

5.4.2 Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”. (Subrayado fuera del texto)

Es así que, de acuerdo a la norma citada existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

“I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”

5.4.3 Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de

13-001-33-003-2017-00268-01

la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional (...)

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

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

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

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado¹⁴, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la **SU del 25 de abril de 2019**, señalando:

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

¹⁴ sentencia su 014 de 25 de abril de 2019, de la sala plena de lo contencioso administrativo, consejo de estado.



13-001-33-003-2017-00268-01

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

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 para los docentes del servicio público afiliados al FOMAG y vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) y fijó como regla que:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo." (Subrayado fuera del texto)

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹⁶ vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

Las pruebas relevantes aportadas al proceso son las siguiente:

- De acuerdo con la Resolución No. 335 del 10 de febrero de 2017¹⁷, proferida por el Departamento de Bolívar, se tiene que la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, laboró para el Magisterio desde el 7 de febrero de 1985 hasta el 14 de junio de 2015, es decir, por un periodo de 30 años de 4 meses y 8 días. Que,

¹⁵ ibídem.

¹⁶ nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

¹⁷ Folio 14-15 cdno 1

13-001-33-003-2017-00268-01

para liquidar su pensión, se tuvo en cuenta: el sueldo básico, la prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.

- Conforme con la información registrada en la cedula de ciudadanía aportada al proceso, se tiene que la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO nació el 14 de junio de 1960¹⁸.
- En el certificado de factores salariales allegado al proceso, se advierte que la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, en el último año de servicios de servicios 2014-2015 devengó lo siguiente: asignación básica, bonificación mensual, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y horas extras¹⁹. Estas últimas, fueron devengadas en los periodos de julio de 2015.

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

En este caso, se demanda la nulidad de la Resolución No. 335 del 10 de febrero de 2017, a través de la cual se le reconoce a la demandante, la pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos para ello; por cuanto considera que debieron incluirse en la pensión todos los factores devengados en el último año.

Antes de entrar a analizar los supuestos de hecho probados en el proceso, destaca esta Corporación que el recurso de apelación se fundamenta en el argumento de que, con la aplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, se violaron los principio de principio de seguridad jurídica y confianza legítima del Estado, toda vez que, para la fecha en la que se presentó la demanda, la posición imperante en el Consejo de Estado, era la contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, que permitía la reliquidación de la pensión de los empleados públicos, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Respecto a este tema, la Corte Constitucional en sentencia SU- 072/18 sostuvo lo siguiente:

(...) En la sentencia C-816 de 2011 se consideró que las Cortes, al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones, (...) Ahora bien, la necesidad de imprimirle fuerza vinculante a los precedentes de las Cortes, como se explicó en la mencionada SU-053 de 2015, también toma en cuenta que la interpretación del

¹⁸ Folio 16 cdno 1

¹⁹ Folio 25-26 cdno 1



13-001-33-003-2017-00268-01

derecho no es asunto pacífico y, en ese orden, los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, involucra, además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso, los cuales son el punto de partida para lograr que los ciudadanos accedan a un esquema jurídico realmente cohesionado.

La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”. Ahora bien, la igualdad, como uno de los objetivos de la administración de justicia, no solo se nutre de la seguridad jurídica y el debido proceso, sino también de otros principios que los complementan como la buena fe, que obliga a las autoridades del Estado -los jueces entre ellas- a proceder de manera coherente y abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83 superior).

Para alcanzar esa certeza jurídica, la jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (...). De acuerdo con lo dicho, los operadores judiciales han de mantener la misma línea jurisprudencial dado que tal uniformidad permite la realización de los principios mencionados. Esta obligación también tiene matices, toda vez que a la par de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima pervive el principio de la autonomía judicial y la necesidad de ajustar tanto el derecho como su interpretación a las realidades sociales que se van imponiendo en garantía de un ordenamiento justo; claro está, con la observancia de las estrictas exigencias que deben cumplirse cuando de modificar o apartarse del precedente se trata.

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018²⁰, expuso:

“no es posible desconocer la potestad que les asiste a las Altas Cortes para efectuar cambios de jurisprudencia, bajo la consideración de que toda variación jurisprudencial es susceptible de generar una violación al debido proceso por desconocimiento del precedente. Por el contrario, se estima que los cambios en la jurisprudencia son efecto obligado de la dinámica propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar. La función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las

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

13-001-33-003-2017-00268-01

variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia, es decir, el juez posee un rol principal dentro del sistema de fuentes, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho.

En la actualidad, la función creadora e integradora de derecho por parte del juez ha alcanzado su mayor reconocimiento. Si bien el artículo 230 de la Constitución de 1991 prescribe que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al “imperio de la ley” —en cuanto fuente cardinal de derecho— y que la jurisprudencia es uno de los “criterios auxiliares del ejercicio de la actividad judicial”, la Corte Constitucional, en una primera fase reconoció la fuerza normativa de la jurisprudencia y, en una segunda consolidó el criterio según el cual la jurisprudencia de las Altas Cortes dejó de ser la vox legis, tal como lo sostuvo Montesquieu, y el legislador la aceptó expresamente como fuente formal de derecho administrativo en Colombia.

Así las cosas, la jurisprudencia se convirtió en una fuente formal del derecho, que es reconocida como tal por el derecho mismo, y de la cual derivan su validez distintas reglas de rango jurisprudencial. En ese orden, la jurisprudencia entra a complementar el concierto de fuentes del derecho y, en consecuencia, se le reconoce fuerza vinculante que irradia sus efectos a todas las autoridades que tienen la obligación de observarla. Por tanto, no es posible afirmar que el juez de cierre no pueda revisar su jurisprudencia, esto es, modificar su postura, porque sería tanto como pedirle que no ejerza adecuadamente sus funciones constitucional y legalmente asignadas y claudique en la “búsqueda de la completitud de las normas para afrontar (...) todos los problemas jurídicos que [se] le pueden presentar”.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que un cambio jurisprudencial respecto del alcance de determinada norma o concepto jurídico no constituye per se una transgresión al debido principio ni al principio de confianza legítima.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que, en efecto, no existe violación del principio de seguridad jurídica y la confianza legítima del Estado, cuando una Alta Corte realiza un cambio en la línea jurisprudencial adoptada hasta el momento, sobre determinado tema; lo anterior, atendiendo la dinámica propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar. En ese sentido, la función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente la justicia.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de la sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019 al caso concreto, advierte la sala que en la

13-001-33-003-2017-00268-01

misma providencia la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó que las reglas jurisprudenciales fijadas en dicho pronunciamiento, se debían acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como en vía judicial, a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica. En consecuencia, le asistió razón al A quo en la aplicación de la referida sentencia al caso concreto, debido a que, por tratarse de una sentencia de unificación, pues la misma resulta de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de esta jurisdicción.

Ahora bien, adentrándonos al caso en particular de la demandante, tenemos que, conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, mediante Resolución No. 335 del 10 de febrero de 2017²¹ la cual fue liquidada teniendo en cuenta el 75% de los siguientes valores: **el sueldo básico, la prima de alimentación, prima de navidad y la prima de vacaciones**²².

Para efectos de determinar las reglas a aplicar para calcular la pensión de la interesada, debe tenerse en cuenta lo establecido en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019 que señala que los factores salariales para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, son los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

²¹ Folio 14-15 cdno 1

²² Debe tenerse en cuenta que, como quiera que la vinculación de la accionante fue ante de la expedición de la Leu 812/03, su régimen pensional es el contemplado en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia.

13-001-33-003-2017-00268-01

Conforme al certificado laboral de la accionante, se avizora que en el año de 2014-2015, anterior a la adquisición del status de la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, ésta devengó los siguientes factores: asignación básica, bonificación mensual, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y horas extras²³; por lo que pretende que todos esos factores le sean incluidos en la pensión.

Contrastando la información del certificado, con lo reconocido en la pensión, se tiene que los factores que no se incluyeron en la misma fueron la **prima de servicios, las horas extras y bonificación mensual**. Ahora bien, en este evento es preciso indicar que la prima de servicios no puede ser reconocida, toda vez que, a pesar de haberse devengado, no hace parte del listado contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985; además, la accionante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre dicho emolumento por lo que no debía ser reconocido como parte del IBL.

Por otra parte, observa esta Corporación que la demandante, percibió horas extras en el último año de servicios, pero dicho emolumento no fue tenido en cuenta por la entidad demandada, para el cálculo de su pensión; de igual forma, tampoco fue considerado como factor para reliquidar la pensión por el Juez a quo, al momento de dictar la sentencia de primera instancia; sin embargo, estas no se tendrán en cuenta, puesto que fueron devengadas en el periodo de julio de 2015²⁴; y, el último año antes de adquirir el status, que fue el que se tuvo en cuenta, transcurrió entre el 14 de junio de 2014 y 14 de junio de 2015, por esa razón no podían ser tenidas en cuenta por la demandada al momento de proferir el acto administrativo (Resolución 0335 del 10 de febrero de 2017) que aquí se cuestiona.

Por otra parte, las horas extras no pueden ser incluidas en este momento procesal, debido a que no se sabe cuál es el último año de servicio de la demandante y si en ese lapso devengó o no este factor salarial, por lo que este aspecto deberá ser motivo de discusión en otro proceso, si hay lugar al mismo.

En lo relativo a la bonificación mensual, se advierte que, el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 *“Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 1 establece:

²³ Folio 25-26 y 191-192 cdno 1

²⁴ Ibidem

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

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

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

A juicio de la Sala, la norma transcrita, además de establecer la bonificación mensual a favor de los docentes y directivos allí descritos, dispuso que tendría carácter salarial y se tiene en cuenta para todos los efectos legales, lo que en principio supone que se tendría en cuenta para efectos prestacionales y pensionales; y si alguna duda surgiera acerca de su integración al ingreso base de cotización, señaló que se tendría en cuenta para efectos de **los aportes obligatorios de conformidad con las normas vigentes y entre dichos aportes se cuenta sin duda los destinados al sistema de seguridad social en pensiones.**

Debe resaltarse en el presente caso que, si bien en principio el IBL de la demandante se debe conformar con los factores salariales previstos en la Ley 62/1985, ello no impide incluir otros factores salariales previstos en normas posteriores, siempre que ellas lo autoricen y dispongan efectuar los aportes correspondientes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, como en efecto lo dispuso el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 respecto de la bonificación mensual.

Aunque en el presente caso hay prueba de que el empleador no realizó cotización a pensiones sobre la bonificación mensual²⁵, debió hacerlo por mandato legal; por ello se dispondrá incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y reliquidar su pensión de jubilación y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes sobre dicho factor, se deberá descontar del valor de la condena la suma que correspondía al docente con destino al FOMAG.

²⁵ Ver certificado folio 190 en el que dice que solo se realizan cotizaciones por horas extras, sueldo básico y sobresueldo.



Sobre este aspecto, el Consejo de estado ha expuesto lo siguiente:

“si bien la referida prestación no se halla enlistada dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, porque que se creó por posterioridad, la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Lo anterior, aunado al hecho que se corroboró del expediente ordinario que, para el momento en que el docente devengó la bonificación mensual, estaba vigente el Decreto que le dio origen y que había sido percibida durante su último año de servicios”²⁶.

“[S]i bien la posición jurisprudencial [sentencia SUJ 014 CE S2 de 25 de abril de 2019] en la que se fundamentó la providencia de 14 de junio de 2019 proferida en el marco del proceso ordinario, se encuentra acorde con lo fijado en el Acto Legislativo 1 de 2005, que estableció que para “...la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones” (...); lo cierto es que se advierte la afectación a los derechos fundamentales deprecados por la accionante, debido a que no se vislumbra que el operador judicial controvertido haya realizado referencia o análisis alguno respecto de la norma que estableció las bonificaciones mensuales en beneficio de los docentes, es decir, en relación con la [actora] los Decretos Nos. 1566 de junio de 2014 y 1272 de junio de 2015 que presentó igualmente en sede de tutela a efectos de que ello se contraste con la prueba obrante a folio 16 del expediente No. 17001-33-39-008-2017-00148-02, es decir, el documento a través del cual, el FOMAG certificó los salarios devengados de la docente. (...) A partir del anterior contexto, queda claro que este cargo está llamado a prosperar, máxime teniendo en cuenta que del análisis de los supuestos fácticos que realizó la autoridad judicial cuestionada, así como de su sujeción a la sentencia de unificación de 25 de abril de 2015, no se encuentra que se haya efectuado una interpretación sistemática de las normas en la materia, sino que se limitó a concluir que los factores pretendidos en el proceso ordinario (prima de servicios y bonificación mensual) “se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1385 y respecto de estos no se demostró que se hicieran aportes al sistema de pensiones”, de manera que, a juicio de esta Sala de Sección, para fijar la posición de que en el asunto objeto de estudio no procede la inclusión de la bonificación mensual presentada por la parte demandada, se requiere el estudio de la certificación presentada por la actora con el fin de valorar si este factor devengado cumplía o no con los criterios vigentes para su inclusión en la base de liquidación, al momento de adquirir su estatus pensional (...) Encuentra la Sala del análisis hecho por el tribunal (...)no analizó debidamente la aplicabilidad de las disposiciones que crearon la bonificación mensual para los docentes a efectos de incluir dicho factor en el ingreso base de liquidación pensional, frente a lo cual le asiste

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04192-00(AC)

13-001-33-003-2017-00268-01

el deber de realizar un estudio detallado, ya que esto tiene plena incidencia en el fallo atacado"²⁷

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 335 del 10 de febrero de 2017, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual devengada a partir del junio de 2014, hasta el junio de 2015. La condena anterior deberá ser indexada conforme lo establece el artículo 187 del CPACA, de acuerdo con la fórmula que en la parte resolutive de esta providencia se expondrá.

De igual forma se ordenará, que en caso de que no se hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social; la entidad demandada realice los descuentos respectivos.

7.5. Prescripción.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se puede concluir que el caso concreto **no operó el fenómeno de la prescripción**, toda vez que la señora ANA CRISTINA CUSTODE adquirió el status de pensionada el 14 de junio de 2015²⁸, y la resolución que le liquidó su pensión se expidió el 10 de febrero de 2017, por lo que contaba hasta el 14 de junio de 2018 para demandar, constatándose que presentó el proceso en referencia el 26 de octubre de 2017²⁹, es decir, antes de los 3 años de prescripción del derecho, por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

5.3. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03777-00(AC). Actor: MARÍA ELVIA RAMÍREZ CEBALLOS.

²⁸ Folio 14

²⁹ Folio 1 cdno 1

13-001-33-003-2017-00268-01

en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

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

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 335 del 10 de febrero de 2017, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIAL DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, incluyendo dentro de la misma el 75% del promedio de la bonificación mensual a partir del 14 de junio de 2014, hasta el 15 de junio de 2015.

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

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de diferencia pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE", vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

13-001-33-003-2017-00268-01

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta instancia, en caso que ello no se hubiere hecho.

SEXTO: DECLARAR que no operó el fenómeno de la prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

OCTAVO: DENIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

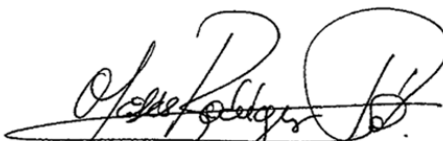
NOVENO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 048 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ