

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

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

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-011-2018-00152-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>VILMA JULIO PÉREZ</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR</b>
<b>Tema</b>	<i>Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado - <b>Reconocimiento de bonificación mensual</b> - Condena en costas</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 1 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Décimo Primero 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 a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

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

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la pensión de docente, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha

<sup>1</sup>En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

### **III.- ANTECEDENTES**

#### **3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>**

##### **3.1.1. Pretensiones<sup>3</sup>.**

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

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No 3845 del 20 de diciembre de 2016, por medio de la cual se reliquidó la pensión de la demandante, sin la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio anterior al cumplimiento del retiro definitivo.

SEGUNDO: Se declare que la actora tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 9 de junio 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 pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

TERCERO: Condenar a la demandada 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.

CUARTO: Se condene al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar. Se condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y se condene en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

##### **3.1.2. Hechos<sup>4</sup>.**

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

---

<sup>2</sup> Folio 1-12 cdno 1

<sup>3</sup> Fols. 2-3 cdno 1

<sup>4</sup> Fols. 3-4 cdno 1

La señora Vilma Julio Pérez laboró más de 20 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.

A través de la Resolución 3845 del 20 de diciembre de 2016, se reliquidó la base de la pensión, por retiro del servicio de la accionante; sin embargo, en dicha reliquidación se incluyó solamente la asignación básica, sobresueldos, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones; sin 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 retiro definitivo de mi representado (a).

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación**

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Ley 91 de 1989
- Ley 33 de 1985
- Ley 115 de 1994
- Ley 812 de 2003
- 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

**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

agosto de 2010, deben incluirse en la base de liquidación todos los factores devengados en el último año de servicios.

### **3.2. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>5</sup>.**

Esta entidad dio la contestación a la demanda manifestando su oposición a las pretensiones de misma y alegando que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad; que, la parte accionante no acredita, siquiera sumariamente, que éste haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Sostuvo que, la demandante, a través de su apoderado judicial, lo que pretende es la nulidad del acto administrativo No. 3845 del 20 de diciembre de 2016 a través de la cual se ordenó la reliquidación por retiro definitivo, toda vez que en la mencionada resolución no se tuvo en cuenta todos los factores salariales efectivamente devengados al momento de adquirir el status de pensionado.

Que, del análisis exhaustivo de los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión de la señora VILMA JULIO PÉREZ, no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año de estatus de pensión, tal como pretende su apoderado judicial.

Expuso que, la liquidación de la pensión contenida en el acto demandado, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985 teniendo en cuenta que la actora cumpliera la edad (55 años) y tiempo de servicio (20 años). Ahora bien, teniendo en cuenta que la discrepancia del accionante radica en que la entidad demandada no tuvo en cuenta para la liquidación de su pensión vitalicia de jubilación los factores salariales debe tenerse en cuenta el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, que estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen. De esta relación de factores,

---

<sup>5</sup> Folio 78-88 cdno 1

**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

a los docentes oficiales únicamente aplican: La asignación básica mensual y las horas extras.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989. xlii) Por lo anterior, el decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes como pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, reliquidaciones, pensiones post mortem) y auxilios sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente. En consecuencia, las regionales implementan la aplicabilidad del decreto 3752 de 2003. Por otra parte, se debe insistir que los actos administrativos demandados gozan de la presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Como excepciones la entidad propuso la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y genérica.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Por medio de providencia del 1 de noviembre de 2019, la Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Expuso, que en el proceso se encontraba acreditado que los factores devengados por la actora durante el periodo de 2015 al 2016 fueron: asignación básica, prima de grado, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de vacaciones y prima de navidad, lo que significa que en la base de liquidación no fue incluido la prima de servicios. Sin embargo, acogiendo el criterio establecido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, no era procedente ordenar la reliquidación de la pensión

---

<sup>6</sup> Folio 152-159 cdno 1



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

de jubilación de la señora VILMA JULIO PÉREZ, como quiera que los factores salariales que se pretenden incluir en el Ingreso Base de Liquidación, esto es, la prima de servicios, no se encontraba enlistado en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

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

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

Expone que, el Consejo de Estado ha determinado en diferente jurisprudencia que a cada caso se le deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, puesto que se debe respetar el precedente y las leyes existentes al momento de causar el derecho correspondiente. si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Más que estudiar la posibilidad o no que le asiste a mi representado de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que el ad quem debe analizar es cual jurisprudencia aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro y así lo estaban fallando tanto en juzgados como en tribunal y dado que se tenía la confianza legítima de una sentencia de unificación al respecto, máxime cuando que la sentencia del año 2019 no

---

<sup>7</sup> Fols. 162-172 Cdno 1



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010, es por esta razón que se insiste en el derecho que le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales

Se apela también la condena en costas, alegando que en la actuación de primera instancia no se generaron gastos a la contraparte por tratarse este de un asunto de puro derecho; adicionalmente, para que el juez realice una condena en costas debe analizar que se ha obrado de forma contraria a derecho, con temeridad o de mala fe y sólo en caso de hallar demostradas estas circunstancias, podría disponer la condena en costas. Que el ejercicio de la acción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no se encuentra afectado por vicios como temeridad o mala fe, sólo se procuró el reconocimiento de un derecho laboral al que se estimó la parte demandante podía acceder conforme a la interpretación normativa consignada en la demanda y la directriz fijada por la jurisprudencia.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.**

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 26 de febrero de 2020<sup>8</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 25 de noviembre de 2020<sup>9</sup> y, en la misma providencia se corrió traslado para alegar de conclusión.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

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

**3.6.3. Ministerio Público:** No presentó concepto.

## **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.**

<sup>8</sup> Folio 2 Cdno 2

<sup>9</sup> Folio 4 Cdno 2



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 derecho la señora Vilma Julio Pérez a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año anterior al retiro?*

*¿Se viola el principio de seguridad jurídica y confianza legítima por la aplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019?*

*¿Hay lugar a revocar la condena en costas?*

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

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para acceder al reconocimiento de la bonificación mensual 1 junio/14 al 31 diciembre/15, conforme al Decreto 1566 de 2014, toda vez que el mismo establece que este factor debe ser tenido en cuenta para liquidar todas las prestaciones y como quiera que la pensión es una de ellas, 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 el régimen aplicable a los docentes vinculados al FOMAG con anterioridad a la Ley 812 de 2003; así las cosas, la normatividad que regula la situación de la actora se encuentra en la Ley 91 de 1989 que remite a la Ley 33 de 1985 para servidores públicos, aduciendo que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional son exclusivamente los citados en la Ley 33.



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

Por otra parte, la Sala considera que a la accionante no se le viola ningún derecho o principio del derecho a causa del cambio jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la reliquidación de las pensiones, toda vez que dichas cortes están facultadas para realizar dichos cambios.

En cuanto a la condena en costas encuentra la Sala que la misma no fue impuesta en primera instancia, por lo que se advierte que el recurso de apelación de la parte actora es incongruente en ese sentido.

#### **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 FOMAG<sup>10</sup>.**

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 jurídica<sup>11</sup>.

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 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,

<sup>10</sup> Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

<sup>11</sup> *Ibídem*.



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

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 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 Estado<sup>12</sup>, 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.*

*50. El artículo 1° 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*

<sup>12</sup> Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

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

Luego entonces la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>13</sup>, 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 docentes<sup>14</sup> vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

## **5.5. CASO CONCRETO**

### **5.5.1. Hechos relevantes probados:**

Las pruebas relevantes aportadas al proceso son las siguiente:

- Resolución No. 3845 del 20 de diciembre de 2016, por medio de la cual se reliquidó la pensión reconocida a la accionante, mediante 3003 del 24 de agosto de 2006, en virtud del retiro del servicio de esta.

En dicho acto administrativo, se indicó que la accionante laboró desde el 25 de septiembre de 1974 hasta el 9 de septiembre de 2016, es decir, 41 años 8

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

meses y 15 días. Como factores salariales se le tuvieron en cuenta: el sueldo básico, sobresueldo, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad, prima de vacaciones<sup>15</sup>.

- Certificado de factores salariales devengados por la señora Vilma Julio, en los años 2010 a 2016. En dicho certificado se hace constar que durante el último año de servicios 2015-2016, la señora Vilma Julio devengó lo siguiente: el sueldo básico, sobresueldo, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación mensual 1junio/14 – 31dic/15<sup>16</sup>

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

En este caso, se demanda la nulidad de la Resolución No. 3845 del 20 de diciembre de 2016, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, a través de la cual reliquida la pensión reconocida a la accionante, mediante Resolución 3003 del 24 de agosto de 2006, en virtud del retiro del servicio de esta.

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 principios 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 derecho no es asunto pacífico y, en ese orden, los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos*

<sup>15</sup> Folio 15

<sup>16</sup> Folio 122-124 cdno 1



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos<sup>17</sup>.

20. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, involucra, además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso<sup>18</sup>, los cuales son el punto de partida para lograr que los ciudadanos accedan a un esquema jurídico realmente cohesionado.

Tanto las normas como las decisiones judiciales con las cuales se interpretan y aplican deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues solo de esta manera es posible predicar que el ciudadano va a ser tratado conforme al principio de igualdad.

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"<sup>19</sup>.

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).

21. Para alcanzar esa certeza jurídica, la jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, "lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley"; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) 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"; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, "tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad"; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102)<sup>20</sup>.

22. 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.

<sup>17</sup> Parámetros que se reiteran en la sentencia C-179 de 2016.

<sup>18</sup> Ver sentencias C-836 de 2001, C-634 de 2011 y C-816 de 2011.

<sup>19</sup> Cfr. Sentencia C-284 de 2015.

<sup>20</sup> Sentencia C-284 de 2015.



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

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<sup>21</sup>.

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018<sup>22</sup>, expuso:

*“El cargo de violación al debido proceso y al derecho de defensa en el que se funda el recurso que se decide, se sustentó, entre otros aspectos, en el presunto desconocimiento de sus propios precedentes por parte de la Sala Plena, en cuanto a los supuestos en los que se configura la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos.*

*Para resolver el cargo se considera, en primer término, que no es posible desconocer la potestad que les asiste a las Altas Cortes para efectuar cambios de jurisprudencia, bajo la consideración de que toda variación jurisprudencial es susceptible de generar una violación al debido proceso por desconocimiento del precedente. Por el contrario, se estima que los cambios en la jurisprudencia son efecto obligado de la dinámica propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar.*

*La función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia, es decir, el juez posee un rol principal dentro del sistema de fuentes, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho<sup>23</sup>.*

<sup>21</sup> SU-049 de 1999, C-774 de 2001, C-836 de 2001, C-029 de 2009, C-332 de 2011, T-394 de 2013, SU-515 de 2013, C-500 de 2014 y C-284 de 2015.

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. 11001031500020070013600. Recurrente: Franklin Segundo García Rodríguez

<sup>23</sup> “Estudiar los cambios de jurisprudencia toca la esencia de la función del juez (...) La función de juez no es, ni ha sido, la de ser la boca de la ley, tal como lo afirmó MONTESQUIEU en un momento histórico en el que los jueces luchaban desembozadamente por el poder político y por miedo se creyó en la necesidad de limitar su labor. Es tan ilusorio prohibirle al juez interpretar la ley como negarle su labor de creación en el Derecho. La búsqueda de la completitud de las normas para afrontar previamente todos los problemas jurídicos que le pueden presentar al juez petrifica el derecho, lo hace complejo y extenso en demasía, sin poder, sin embargo, atar las manos interpretativas y creadoras del juez”: OSPINA GARZÓN, Andrés, “Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? en Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

*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<sup>24</sup> 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<sup>25</sup>.*

---

administrativo, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

<sup>24</sup> La Corte Constitucional al explicar el alcance del artículo 230 C.P. precisó que en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial" debe entenderse que el constituyente de 1991 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la Ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, crea, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles inferiores, sino también lo hacen otras corporaciones judiciales no existentes aún en el siglo XIX, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. (...) Más tarde, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 estudió la exequibilidad de una norma preconstitucional que consagraba la figura de la doctrina probable y autorizaba a la Corte Suprema de Justicia a cambiar su jurisprudencia en los casos en que considerara que sus decisiones anteriores incurrieron en error. El alto tribunal, luego de explicar la génesis y evolución de esta figura, concluyó que los jueces y tribunales están también vinculados a la jurisprudencia del órgano judicial de cierre correspondiente como lo es la jurisdicción contencioso administrativa, y para apartarse de ella, en virtud del principio de autonomía judicial, "están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión". Finalmente, estas ideas rectoras de la decisión constitucional fueron introducidas en el art. 7º del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, así: "Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos". La Corte al estudiar la constitucionalidad de esta disposición en la sentencia C-621 de 2015 precisó que la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: "(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial".

<sup>25</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 10: "Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. —disposición condicionalmente exequible- Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas". Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634-11 del 24 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, "en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad". Algunos doctrinantes mencionan que se trata de un derecho judicial:



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

*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.

En ese orden de ideas, no es procedente declarar la prosperidad de los argumentos del apelante.

Ahora bien, adentrándonos al **caso en particular de la demandante**, tenemos que, conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora Vilma Julio, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, mediante Resolución 3003 del 24 de agosto de 2006; que, como quiera que la accionante siguió laborando hasta el 9 de septiembre de 2016, se expidió una

---

LÓPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto, "Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de la jurisprudencia", *Revista de Derecho Público*, n.º 15, diciembre, 2002, p. 3.



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

nueva resolución, No. 3845 del 20 de diciembre de 2016, en la que se reliquidó la mesada pensional, teniendo en cuenta el 75% de los valores devengados en el último año de servicio (2015-2016).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la vinculación de la demandante se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el régimen pensional aplicable a la misma es el previsto en la Ley 33 de 1985, por remisión expresa de la Ley 91/89, tal como lo señala el juez de primera instancia.

Ahora bien, 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 que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, son los establecidos en el artículo 1° 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

Conforme al certificado laboral de la accionante, se avizora que en el año de 2015-2016, anterior al retiro de la señora Vilma Julio, esta devengó los siguientes factores salariales: **el sueldo básico, sobresueldo**, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y **bonificación mensual 1junio/14 – 31dic/15**<sup>26</sup>

En el sub examine, la demandante solicita que se le incluyan todos los factores salariales por ella devengados en el último año de servicios, como quiera que la resolución demandada solo le tuvo en cuenta el sueldo básico, sobresueldo, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad, prima de vacaciones<sup>27</sup>, es decir, la demandante pretende

<sup>26</sup> Folio 122-124 cdno 1

<sup>27</sup> Folio 15



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

que se le incluya la prima de servicios y la bonificación mensual 1junio/14 – 31dic/15.

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 la bonificación mensual 1junio/14 – 31dic/15, el cual sí es un factor salarial para la liquidación de la pensión; en ese sentido, el Decreto 1566 del 19 de agosto de 2014 “*Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 1 establece:

*“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados 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.**



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

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 mensual<sup>28</sup>, 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.

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”<sup>29</sup>.*

*“[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*

<sup>28</sup> Ver certificado folio 125 en el que dice que solo se realizan cotizaciones por horas extras, sueldo básico y sobresueldo.

<sup>29</sup> 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)



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

*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 el deber de realizar un estudio detallado, ya que esto tiene plena incidencia en el fallo atacado"<sup>30</sup>*

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 3845 del 20 de diciembre de 2016, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, el 75% del promedio de la bonificación mensual 1junio/14 – 31dic/15. 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 Vilma Julio si bien había adquirido el status de pensionada en el año 2006, solo se retiró del servicio el 9 de junio de 2016<sup>31</sup>, por lo que la resolución que le reconoció el

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Folio 15



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

derecho fue proferida el 20 de diciembre de 2016<sup>32</sup> y la demanda la presentó el 27 de junio de 2018<sup>33</sup>, es decir, antes de los 3 años de prescripción del derecho, por lo que se concluye que en el presente asunto no ha operado dicho fenómeno jurídico.

- **De la condena en costas en primera instancia**

Sobre las costas procesales, la parte accionante alega que, no debió condenarse a las mismas como quiera que no se actuó de mala fe; además, el presente asunto es de pleno derecho por lo que no se le ocasionaron gastos a la contraparte.

Ahora bien, revisada la sentencia de primera instancia advierte esta judicatura que la Juez A quo no profirió condena en costas en primera instancia, por lo que se advierte que existe una incongruencia del recurso con la sentencia en este aparte.

**5.6. De la condena en costa.**

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

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

---

<sup>32</sup> Folio 15

<sup>33</sup> Folio 1 cdno 1



**13-001-33-33-011-2018-00152-01**

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. 3845 del 20 de diciembre de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación a la demandante, señora Vilma Julio Pérez, expedida por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIAL 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 Vilma Julio Pérez, incluyendo dentro de la misma el 75% del promedio de la bonificación mensual a partir del 01 de junio de 2014, hasta el 11 de febrero 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.

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.



13-001-33-33-011-2018-00152-01

**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.

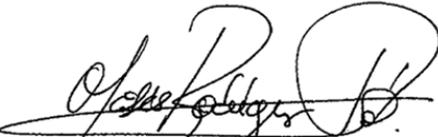
**NOVENO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS**, en ambas instancias, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**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. 046 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ