

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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2018-00127-01
Demandante	AURA BEATRIZ CASTRO RODRÍGUEZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Tema	<i>Reliquidación pensional docente — La aplicación del precedente jurisprudencial SU del 25 de abril de 2019, no vulnera los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, favorabilidad ni progresividad de los derechos laborales — Confirma sentencia apelada.</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 demandante², contra la sentencia proferida el treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)³, por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴.

3.1.1 Pretensiones⁵.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte accionante, elevó las siguientes pretensiones:

¹ Esta decisión se toma virtualmente 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.

² Fols. 250 – 260 C. 2

³ Fols. 238 – 247 C. 2

⁴ Fols. 1 – 13 C. 1

⁵ Fols. 2 – 3 C. 1



- Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4603 del 21 de diciembre de 2010 por medio de la cual se reliquidó por retiro definitivo la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, en lo relacionado con la determinación de la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.
- Que se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar una pensión ordinaria de jubilación en favor de la actora, a partir del 26 de julio de 2010 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del retiro definitivo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida se apliquen los reajustes para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.
- Que se ordene el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la Inclusión en la nómina del pensionado, y que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño junto con los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución de poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas. Así mismo que estas mesadas sean canceladas conforme al artículo 187 del CPACA.
- Que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.

3.1.2 Hechos⁶.

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

Relató que, mediante Resolución No. 4603 del 21 de diciembre de 2010, se tomó únicamente como base de reliquidación pensional por retiro definitivo, la asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación, reconocimiento de rector 3 jornadas y prima de vacaciones devengadas; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad y demás factores salariales percibidos en

⁶ Fols. 3 – 4 C. 1

desarrollo de la actividad docente durante el último año de servicios prestados.

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, artículo 15, Ley 33 de 1985, artículo 1, Ley 62 de 1985, y el Decreto 1045 de 1978.

Sostuvo que, la entidad demandada al momento de expedir el acto enjuiciado, omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989, que remite a la Ley 33 de 1985 y al Decreto 1045 de 1978. En ese sentido, indicó que la Ley 33 de 1985 no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, sino que de manera general, ordena que se incluyan todos los emolumentos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

A su turno, señaló que el Consejo de Estado, mediante sentencias del 04 de agosto de 2010, del 25 de noviembre de 2010, y del 14 de agosto de 2009, ha precisado que al momento de liquidar la pensión de jubilación, tanto la prima de vacaciones, como la prima de navidad, así como los demás factores devengados por el trabajador en el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar la base de liquidación pensional, tal y como lo establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1. Distrito de Cartagena⁷.

El ente territorial, se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, manifestando que el acto acusado está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debía fundarse, como quiera que según el certificado de salarios aportado, el actor solo tenía derecho a que se le reconociera la reliquidación de su pensión con la asignación básica devengada durante el último año de servicios sobre la cual se efectuaron los aportes a pensión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 de la

⁷ Fols. 90 – 98 C. 1

Ley 62 de 1985, por lo que no es procedente agregar otros factores diferentes a la mentada asignación básica.

De otra parte, indicó que no era el llamado a responder por las pretensiones de la demanda, toda vez que es el FOMAG a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al mismo.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) Buena fe (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva (iii) Inexistencia del derecho reclamado, (iv) Expedición regular del acto cuya nulidad se impetra y (v) Excepciones innominadas.

3.2.2. Ministerio de Educación Nacional – FOMAG ⁸.

La entidad demandada, sostuvo que la pensión vitalicia de jubilación reconocida mediante el acto acusado, se expidió con arreglo a lo dispuesto, en la Ley 33 de 1985, Ley 238 de 1995, Ley 1753 del 2015 y el Decreto 3752 de 2003.

En ese sentido, indicó que no es posible acceder a la solicitud de reajuste pensional, con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no ha cotizado a pensiones, pues solo serán estos los tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión, de acuerdo con la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

Por último, insistió en que el acto administrativo demandado goza de la presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011; y la parte accionante no acreditó siquiera sumariamente que este 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.

3.2 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹

Por medio de providencia del 30 de septiembre de 2019, la Juez Décimo Segunda Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró la señora AURA BEATRIZ

⁸ Fols 122 – 133 C. 1

⁹ Fols. 238 – 247 C. 2



CASTRO RODRÍGUEZ, a través de apoderado contra la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia."

La A-quo consideró que estaba demostrado en el plenario que la señora Aura Beatriz Castro Rodríguez, ingresó al servicio docente el 27 de abril de 1972, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y que durante el año anterior al retiro del servicio, periodo comprendido entre el 26 de julio de 2009 al 26 de julio de 2010, no solo devengó asignación básica, asignación adicional rector 30%, prima de alimentación especial y prima de vacaciones docentes, sino que adicionalmente devengó la prima de navidad, no obstante, dicho factor no es de aquellos que deban ser tenidos en cuenta para efectuar el reconocimiento pensional, por no encontrarse enlistado en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que determina los factores respecto de ellos cuales deben realizarse los aportes.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN¹⁰.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, aduciendo la violación al principio de seguridad jurídica, la confianza legítima en la administración de justicia, favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales. De igual forma, manifestó su inconformidad frente a la condena en costas.

Sostuvo que, en nuestro sistema existe la necesidad de sentar jurisprudencia, con el fin de evitar sentencias contradictorias en una misma situación jurídica; evento contrario a lo acontecido con la reciente sentencia de unificación de la sección segunda del 25 de abril de 2019, en donde el Órgano de Cierre contradice cabalmente la sentencia de unificación emitida por esta misma sección el 04 de agosto de 2010, sin argumentos objetivos, proporcionales ni claros, afectando los derechos de las personas 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 establecido en la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que en razón a la congestión judicial, se vieron afectados en sus derechos, con un cambio de jurisprudencia.

Argumentó que, el Consejo de Estado ha determinado en diferente jurisprudencia que se deben aplicar los criterios vigentes para el momento de

¹⁰ Fols. 250 – 260 C. 2

la ocurrencia de los hechos, pues deben respetarse los precedentes y las leyes existentes en el tiempo de causación del derecho correspondiente, por lo que en el presente asunto, la reliquidación pensional con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, debe ser reconocida de conformidad con la sentencia del 04 de agosto de 2010.

Respecto a la procedencia de la condena en costas, adujo que debía estudiarse si la parte vencida había obrado de forma contraria a derecho, con temeridad o mala fe, y solo de hallarse demostradas estas circunstancias, se podría disponer la condena en costas, toda vez que dicha condena no opera automáticamente, ya que el juez no se encuentra obligado a ordenarla, por el contrario, según el artículo 188 del CPACA, tiene la potestad de decidir si hay lugar o no a dicha condena, atendiendo a las circunstancias ocurridas durante el trámite de la acción interpuesta, esto es, el cambio de jurisprudencia adoptado mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Máxime si se advierte que dentro del proceso, no aparecen causados los gastos judiciales, por tratarse de un asunto de puro derecho, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del CGP, y lo desarrollado en sentencias del 16 de abril y 19 de enero del 2015.

3.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue asignada a este Tribunal mediante acta individual de reparto del 30 de enero de 2020¹¹, siendo admitida por medio de providencia del 07 de octubre de 2020¹², habiéndose corrido traslado para alegar de conclusión, el 09 de febrero de 2021¹³, de conformidad con el artículo 247 del C.P.A.C.A.

3.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.7.1. intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁴: la entidad se opuso a la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada, haciendo un recuento de lo expuesto en la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, toda vez que su contenido y las reglas jurídicas desarrolladas, tienen carácter vinculante para el caso en concreto.

Sostuvo que, el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, era el de pensión ordinarias de jubilación previsto por la Ley 33 de 1985. De ahí que, para

¹¹ Fol. 2 C. 3

¹² Fol. 4 C. 2

¹³ Fol. 16 C. 3

¹⁴ Fols. 7 – 14 C. 3. (Se advierte que no fue aportado poder para actuar dentro del asunto.)

efectos de la liquidación pensional solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

Aunado a lo anterior, solicitó el proferimiento de sentencia anticipada, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, y los artículos 114 y 115 de la Ley 1395 de 2010, por mediar un precedente jurisprudencial sobre el tema objeto de debate.

3.7.2 Parte demandante¹⁵: la señora Aura Castro Rodríguez, presentó escrito de alegatos reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos esbozados en el escrito de demanda y en el recurso de alzada.

3.7.3 Distrito de Cartagena¹⁶: se ratificó la en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3.7.4 Ministerio de Educación – FOMAG¹⁷: la demandada radicó escrito de alegatos, insistiendo en los motivos de oposición a las pretensiones desarrollados en la contestación de la demanda.

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, es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del CGP.

5.2 Problema jurídico

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

¹⁵ Fols. 26 – 29 C. 3

¹⁶ Fols. 21 – 24 C. 3

¹⁷ Fols. 31 – 32 C. 3



¿Tiene derecho la señora AURA CASTRO RODRÍGUEZ a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, bajo la posición adoptada en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, por haberse presentado la demanda antes de proferirse la sentencia SU del 25 de abril de 2019, para preservar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de la administración de justicia, favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ el fallo de primera instancia, por estar demostrado que la aplicación de la SU del 25 de abril de 2019, no vulnera los principios de seguridad jurídica, confianza legítima de la administración de justicia, favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales, como quiera que el cambio en la línea jurisprudencial fue adoptada por una Alta Corte, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican dicha variación, que resultan vinculantes para la administración de justicia, de modo que de modo que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, solo serán aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes respectivos, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 62 de 2003, y por lo tanto, no se puede incluir factores diferentes a los enlistados en el mencionado artículo

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 FOMAG¹⁸.

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

¹⁸ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

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 jurídica¹⁹.

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, 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.

¹⁹ *Ibidem.*



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 registrarán 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 Estado²⁰ 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 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 Estado²¹, 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 1° 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 docentes²² vinculados a partir de 1° 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° 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%.

²⁰ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

²¹ Ibídem.

²² Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

5.4.4. La función de unificación jurisprudencial de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones y, en particular, del Consejo De Estado²³.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la sentencia de la referencia, indicó que, la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, estudió el carácter vinculante de las grandes Cortes de la siguiente manera: *“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.”*

Con base en este entendimiento del principio de legalidad administrativa, reiteró que la jurisprudencia constitucional ha derivado varias reglas sobre la sujeción de la Administración a la jurisprudencia de los órganos de cierre, entre ellas que, las autoridades administrativas están obligadas a observar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del Derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- De acuerdo con la cedula de ciudadanía²⁴ obrante en el expediente, se tiene que la señora Aura Castro Rodríguez, nació el 21 de julio de 1945, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2000, y a la fecha cuenta con 76 años de edad.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00502-00(2177), Actor: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

²⁴ Fol. 19 C. 1



- La demandante prestó sus servicios como docente con vinculación municipal, desde el 16 de febrero de 1972, hasta el 26 de julio de 2010, fecha en la cual se efectuó su retiro definitivo²⁵.
- Mediante Resolución No. 4603 del 21 de diciembre de 2010²⁶, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la demandante, por retiro definitivo del servicio a partir del 26 de julio de 2010, por valor mensual de \$2.913.211. El tiempo laborado tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión fue el comprendido entre el 26 de julio de 2009 hasta el 25 de julio de 2010, y los factores tenidos en cuenta para determinar la base para la liquidación pensional fueron la asignación básica, sobresueldo promedio rector 30%, prima de alimentación, reconocimiento rector 30% por 3 jornadas, y la prima de vacaciones. Esta decisión fue notificada personalmente, el 11 de enero de 2011²⁷.
- Certificado laboral en el que se avizora que la accionante, devengó los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, asignación adicional rector 30%, asignación adicional por 3 jornadas, prima de alimentación especial, prima de navidad, y la prima de vacaciones²⁸.
- Certificado de historia laboral de la señora Aura Castro Rodríguez²⁹.

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

En el presente asunto, el estudio que debe efectuar la Sala, está determinado por los reparos formulados por la parte accionante, contra la decisión adoptada en primera instancia, por lo cual el presente análisis, se centrará en establecer, en primer lugar, si la señora Aura Castro Rodríguez tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, con fundamento en la posición adoptada en sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, por haberse presentado la demanda antes de proferirse la sentencia SU del 25 de abril de 2019, para preservar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de la administración de justicia, favorabilidad y progresividad de los derechos laborales.

Respecto a si la aplicación de la sentencia SU del 25 de abril de 2019, resulta violatoria de los principios antes referidos, la Corte Constitucional en sentencia

²⁵ Fols. 21 – 22 C. 1

²⁶ Fols. 16 – 18 C. 1

²⁷ Fol. 18 C. 1

²⁸ Fol. 20 C. 1

²⁹ Fols. 21 – 22 C. 1

SU- 072/18, sostuvo que las Altas Cortes al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones, mediante precedentes que tendrán fuerza vinculante, de conformidad con la constitución política, bajo los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en armonía con 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.

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018³⁰, 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 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 derecho³¹. (...)

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”.

Para recapitular, se tiene que, en efecto, no existe violación del principio de seguridad jurídica ni confianza legítima de la administración de justicia, y por

³⁰ 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

³¹ “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 administrativo, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

ende no se afecta la favorabilidad ni progresividad de los derechos laborales, 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.

Así las cosas, se advierte que dentro del presente asunto se hace forzosa la aplicación del precedente judicial fijado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en lo atinente del régimen pensional de los docentes oficiales. En aquella oportunidad, el Consejo de Estado, precisó que para determinar cuál de los regímenes existente resulta aplicable, se debe identificar la fecha de ingreso o vinculación de los docentes al servicio educativo oficial. Pues bien, de advertirse que el docente nacional, nacionalizado y territorial, se encuentra vinculado al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen de pensión aplicable es el ordinario de jubilación, dispuesto en la Ley 33 de 1985. Por el contrario, si se demuestra que el docente se vinculó a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable será el 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.

Una vez revisado el expediente, se encuentra demostrado que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 4603 del 21 de diciembre de 2010, reconoció al accionante la reliquidación de la pensión, por valor mensual de \$2.913.211, a partir del 26 de julio de 2010 en calidad de docente de vinculación nacionalizado – situado fiscal – presupuesto Ley 91/89. Para el efecto, se tuvo en cuenta el último año de servicios prestados, y los factores que sirvieron de base para la liquidación pensional fueron la asignación básica, sobresueldo promedio rector 30%, prima de alimentación, reconocimiento rector 30% por 3 jornadas, y la prima de vacaciones.

En ese sentido, como la vinculación de la señora Aura Castro Rodríguez se produjo el 16 de febrero de 1972, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la

Ley 33 de 1985, tal como lo señaló el juez de primera instancia, de conformidad con la tesis sostenida en la SU del 25 de abril de 2019³², según la cual los factores que se deben tener en cuenta son únicamente aquellos respecto de los cuales 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, que se pasan a relacionar:

- 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

Como se aprecia del certificado de salarios aportados al plenario, la accionante en efecto, devengó durante su último año de servicio, no solo los factores reconocidos en el acto demandado, sino también la prima de navidad.

Respecto a la prima de navidad, la actora pretende le sea reconocida para efectos de la reliquidación, no obstante, se destaca que al no estar incluida dentro de la lista taxativa de factores que constituyen la base sobre la que se deben calcular los aportes en pensión para los docentes, en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; ni haber demostrado la demandante que hubiera realizado aportes a pensión sobre el mismo, no era dable incluirlo en el ingreso base de reliquidación de la pensión reconocida a su favor. Lo anterior también se advierte frente a los factores de sobresueldo promedio rector 30%, prima de alimentación, reconocimiento rector 30% por 3 jornadas, y la prima de vacaciones; sin embargo, por no ser objeto de apelación, esta Sala se abstendrá de efectuar pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo por la inclusión de dichos conceptos.

En ese orden de ideas, se advierte que le asiste razón al A-quo, por lo que se debe CONFIRMAR la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demandada, tendientes a la inclusión de la totalidad de los factores devengados por la accionante durante el último año de servicios, como factores de reliquidación pensional, pues se insiste que la prima de navidad no

³² la cual resulta aplicable conforme al marco normativo aquí citado.

se encuentra enlistado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es decir, que sobre el mismo no existía la obligación de realizar aportes, ni se demostró que dichos aportes fueran efectuados.

Frente a la segunda inconformidad planteada por la parte actora, relacionada con la improcedencia de la condena en costas, al afirmar que no hubo temeridad o negligencia en su actuar, ni fueron causados gastos durante el trámite del presente asunto en primera instancia; esta Sala precisa que la sentencia de primera instancia no dispuso la condena referida, por lo que se abstendrá de emitir pronunciamiento al respecto.

5.6. De la condena en costa.

Ahora bien, para efectos de analizar si hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, se advierte que el artículo 188 del CPACA dispone 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 CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente mencionar que, el Tribunal Administrativo de Bolívar, de manera excepcional y en aplicación de los criterios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, ha adoptado la posición de no condenar en costas a la parte vencida cuando los supuestos jurisprudenciales en los cuales fundamentó su pretensión, al presentar la demanda variaron hasta la fecha en la cual se profirió la sentencia, toda vez que los demandantes actuaron con el pleno convencimiento de que les asistía el derecho reclamado;.

Bajo ese entendido, se tiene que la excepción a imponer costas, se configura en el caso de marras, como quiera que la señora Aura Castro Rodríguez, presentó la demanda el 07 de junio de 2018, es decir, antes del proferimiento de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, habiéndose fundamentado las decisiones de primera y segunda instancia en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo, que se reitera, fue sentada tiempo después de la interposición de la demanda, por lo que no era previsible para ninguna de las partes de la controversia. Por consiguiente, esta Sala se abstendrá de imponer condena en costas.

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida el treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

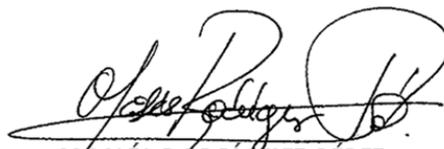
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: 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 No.046 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ