145

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
EXPEDIENTE:	**15001333300620180005900**
DEMANDANTE:	**EDGAR SIERRA SUÁREZ**
EXPEDIENTE:	**15001333300620180007900**
DEMANDANTE:	**LUCIA ORTÍZ AVENDAÑO**
DEMANDADO:	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG**

ACTA No. 0082 de 2019
AUDIENCIA INICIAL SIMULTÁNEA ART. 180 C.P.A.C.A.

En la ciudad de Tunja, a los veintisiete (27) días del mes de junio de 2019, siendo las 2:30 P.M., día y hora fijados en la providencia del siste (07) de junio pasado, se constituye el Juez Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 -C.P.A.C.A., dentro de los medios de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO No. 15001-33-33-006-2018-0059-00** promovido por **EDGAR SIERRA SUÁREZ** y **No. 15001-33-33-006-2018-00079-00** adelantado por **LUCIA ORTÍZ AVENDAÑO,** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

El Despacho indica a los asistentes que la audiencia se realizará de manera **SIMULTÁNEA** en razón a que los procesos se encuentran dentro del mismo estado procesal y los hechos y pretensiones de las demandas son similares. Lo anterior en aras de propender por los principios del derecho procesal de economía, celeridad, eficacia, concentración e inmediación al tenor de lo previsto en los incisos 1° y 2° del artículo 103 del C.P.A.C.A., y aclarando que ello no significa la acumulación de los citados procesos.

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Decreto de Pruebas.
7. Sentencia de primera instancia si se dan los respectivos presupuestos procesales.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo

previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

I. ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quién o qué entidad representan.

1.1. PARTE DEMANDANTE

EXPEDIENTE 2018-00059: Apoderada: **DEICY VIVIANA CUCHIA BAUTISTA**, identificada con C.C. No. 33.368.421 y portadora de la T.P. No. 269.445 del C.S. de la J.

EXPEDIENTE 2018-00079: Apoderada: **DIANA NOHEMY RIAÑO FLOREZ**, identificada con C.C. No. 1.052.394.116 y portadora de la T.P. No. 281.836 del C.S. de la J.

1.2 PARTE DEMANDADA: EXPEDIENTE 2018-00059 y 2018-0079

Apoderado: **No asistió.** El Despacho dará aplicación al numeral 3 y 4 del artículo 180 del C.P.A.C.A.

1.3 MINISTERIO PÚBLICO: PAOLA ROCIO PEREZ SANCHEZ, en calidad de Procuradora 67 Judicial I Para Asuntos Administrativos.

1.4. INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.** No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues la inasistencia de éste no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 180 C.P.A.C.A.

Las partes estuvieron conformes.

II. SANEAMIENTO DEL PROCESO (Art. 180 numeral 5o C.P.A.C.A.)

Se pone en conocimiento de las partes que revisado nuevamente los expedientes se constata que éste Despacho es competente para conocer de los presentes asuntos (núm. 2o del art. 155 del C.P.A.C.A.), las partes son capaces (art. 159 ídem y 54 C.G.P.) están debidamente representadas (art. 75 C.G.P.) y la demandas se notificaron en debida forma (arts. 171 y 199 C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P), además que se cumplen con los demás presupuestos procesales del medio de control. No obstante, se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten si advierten vicio o irregularidad alguna que afecte lo actuado hasta esta etapa procesal

Las partes como el Ministerio Público manifiestan que no advierte vicio o irregularidad alguna, por lo que se continúa con el orden de la audiencia.

III. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS (Art. 180 numeral 6o C.P.A.C.A.)

La entidad demandada con las contestaciones de las demanda propuso como excepciones las que denominó: *"Vinculación de Litisconsorte", "Falta de legitimación en la causa por pasiva", "reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", "prescripción" y "genérica"*; a las que se les dio traslado de conformidad con el artículo 175 del C.P.A.C.A., término dentro del cual la apoderada de la parte demandante dentro del expediente **2018-0079** guardó silencio.

Por su parte la mandataria judicial dentro del proceso **2018-0059** se opuso a su prosperidad (fls. 138-140).

Así las cosas, el Despacho procederá a resolverlas de la siguiente manera:

3.1. Vinculación del litisconsorte

La parte accionada solicita se vincule a la Fiduciaria la Previsora S.A. por ser la entidad a la cual se le entregó mediante contrato fiduciario la administración de la cuenta constitutiva del FOMAG, de donde se desprende su condición de vocera del patrimonio autónomo respectivo; y de otra, la vinculación de la entidad territorial donde laboraba los demandantes, esto es, la Secretaría de Educación Boyacá, por tener bajo su responsabilidad la administración del personal docente.

El artículo 61 del C.G.P. aplicable en materia contencioso administrativa según lo dispone el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, dispone que el litisconsorcio necesario se da en aquellos eventos en que el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos.

En esa medida, se tiene que el artículo 9º de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo establecido en el artículo 56[1] de la Ley 962 de 2005, así como en el capítulo II del Decreto 2831 del mismo año, compilado por el Decreto 1075 de 2015, disponen que la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá cumple funciones que en principio son propias del Ministerio de Educación Nacional, pero que, se depositan en aquella como una estrategia de regionalización. De manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del FOMAG, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad territorial, pues se delega en ella la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal, tarea asignada por el artículo 56 del Decreto 962 de 2005, vigente para la época de los hechos, al FOMAG; si bien, aun

[1] ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.»

cuando la gestión de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales cuyo pago como señalamos se encuentra a cargo a dicha entidad, está se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, previa aprobación de la entidad fiduciaria que se encarga de su pago, lo cierto es que, estas actúan en representación de la Nación – Ministerio de Educación, entidad a la que realmente corresponde la cuenta especial conformada por el FOMAG. Así lo manifestó el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – subsección "A", en sentencia de 21 de noviembre de 2011, Radicación no. 25000 23 25 000 2008 00425 01 (0518-11).

En consecuencia, la entidad territorial no se encuentra obligada a comparecer como listisconsorte necesario al no poderse predicar de ella autonomía en el ejercicio de dicha función, por lo tanto, el reconocimiento y pago de la prestación social solicitada está a cargo del FOMAG, cuya representación se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los artículos 3°, 5° y 9° de la Ley 91 de 1989, quien tendrá la legitimación en la causa por pasiva dentro del presente asunto.

Frente a la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A., el Despacho reitera lo señalado líneas arriba, en cuanto a que es al FOMAG, a quien le corresponde finalmente expedir el acto administrativo por el cual se dispone el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005, por lo que la fiduprevisora se encarga solamente emitir visto bueno a los proyectos elaborados por dichos entes territoriales, de modo que no se requiere su presencia para resolver el litigio.

Bajo las anteriores argumentaciones, se colige que la excepción invocada no tiene vocación de prosperidad.

3.2. Falta de legitimidad por pasiva - Reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del FOMAG - Reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del FOMAG

Respecto a legitimidad que pueda tener la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG para actuar dentro del presente proceso como parte demandada, es pertinente insistir en que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señaló el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales ante el Fondo del Magisterio así:

> "ARTÍCULO 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial." (Subraya fuera de texto).

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, de lo que se desprende que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del FOMAG son actos en los que interviene, en estricto sentido, la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, así como la de la Fiduciaria la Previsora S.A., a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de

acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada. Sin embargo, es al FOMAG, a quien le corresponde finalmente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5º del Decreto 2831 de 2005[2].

Por lo expuesto, el Despacho concluye que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG intervino sustancialmente en la decisión adoptada en el proyecto de Resolución que constituye cada uno de los actos administrativos demandados, por tanto, la excepción invocada no tiene vocación de prosperidad.

3.3 Prescripción

Atendiendo la naturaleza accesoria respecto de la prosperidad de las pretensiones de la demanda será objeto de estudio cuando se resuelva el fondo del asunto.

Finalmente, el Despacho considera que fuera de las excepciones planteadas con la contestación de la demanda, no se encuentran otras de la naturaleza de previas o mixtas que deban ser declaradas de oficio dentro del presente asunto.

Las partes y el Ministerio Público quedan notificadas en estrados y conformes.

IV. FIJACIÓN DEL LITIGIO (Art. 180 numeral 7o C.P.A.C.A.)

Para fijar el litigio objeto de pronunciamiento futuro de este Despacho, es menester recordar que los extremos activos pretenden la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de adquisición del status pensional. Para lo cual se indaga a las partes si están de acuerdo con la síntesis efectuada.

Las partes conforme a la síntesis efectuada.

Retomado la audiencia, se tiene que la entidad demandada no acepta los hechos relacionados con la competencia que le asiste para reconocer y/o pagar asignaciones salariales pendientes a docentes afiliados al FOMAG, en cuanto a los demás los da por cierto de acuerdo con la documental allegada al proceso.

En esa medida, y de conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 180 del C.P.A.C.A. se indaga a las partes en relación con los mismos, aclarando que tal pronunciamiento no es una nueva oportunidad para contestar la demanda sino para lograr consensos.

Teniendo en cuenta lo anterior y los aspectos en los que hay diferencias, el Despacho resolverá los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Si la parte demandante durante el año en que adquirió su estatus como pensionado, devenga factores salariales adicionales, los cuales no se tuvieron en

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 18 de agosto de 2011, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación Nº 6800-1231-5000-2004-02094-01(1887-08)

cuenta para liquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida; y en caso afirmativo, si le asiste el derecho de que su pensión sea reliquidada con la inclusión de dichos emolumentos?.

- ¿Si como consecuencia de dicha reliquidación, la entidad demandada debe reconocer y pagar a favor de los demandantes, el valor de las mesadas pensionales y adicionales que se causen por la reliquidación de pensión de jubilación y sus respectivos reajustes, desde el momento el que adquirió su estatus como pensionados hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia?.

Se le concede el uso de la palabra a las partes como al Ministerio Público para que se pronuncien acerca de la fijación del litigio, a lo cual manifestaron estar conforme con la fijación efectuada.

V. CONCILIACIÓN (Art. 180 numeral 8o C.P.A.C.A.)

Si bien el artículo 180 No. 8 del C.P.A.C.A., establece que en cualquier fase de la audiencia el Juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, se advierte que el tema aquí debatido tiene que ver con el reconocimiento y pago de unos derechos y acreencias laborales, asunto no conciliable[3], al estar expresamente prohibido respecto derechos mínimos e intransigibles, en los términos del artículo 8° de la Ley 640 de 2001.

Sin embargo, si es factible conciliar sobre cuestiones accesorias, no obstante y como quiera que el extremo pasivo no compareció a la presente diligencia, el Despacho declara fracasada esta etapa y continuará con el desarrollo de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

El Despacho deja constancia de la comparencia de la abogada **JEIMMY ALEJANDRA OVIEDO CRISTANCHO** quien se identificada con C.C. No. 1.057.596.018 y T.P. No. 299.477 del C.S. de la J., para actuar en sustitución del abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS identificado con C.C. No. 80.211.391 y portador de la T.P. No. 250.282 del C.S. de la J. quien actua como apoderado principal del FOMAG. El Despacho le reconoce personería para actuar al abogado principal y acepta la sustitución conferida.

VI. MEDIDAS CAUTELARES (Art. 180 numeral 9o C.P.A.C.A.)

Con la presentación de las demandas y en el desarrollo de la presente audiencia no se presentaron medidas cautelares que deba ser resuelta en esta instancia.

Las partes y el Ministerio Público quedan notificadas en estrado y conformes.

[3] Con el fin de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es necesario precisar que son materia de conciliación los derechos que tengan el carácter de "inciertos y discutibles" autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "... cuando los asuntos sean conciliables..."
"...Cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos señalados en la Ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, ya que es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento están dadas por la Ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público..." (Consejo de Estado Sección Segunda, sub-sección B C.P. Martha Lucia Ramírez de Páez. Rad: 23001-23-31-000-2009-00014-01(0728-09).

VII. DECRETO DE PRUEBAS (Art. 180 numeral 10 C.P.A.C.A.)

7.1. EXPEDIENTE 2018-0059

7.1.1. PARTE DEMANDANTE

7.1.1.1. DOCUMENTALES

Téngase como pruebas con el valor que por ley les corresponda a los documentos vistos a folios 12 a 102 del expediente.

7.1.1.2. SOLICITADAS

Negar la solicitada en el numeral segundo del acápite de pruebas de la demanda (fl. 10 vto), toda vez que el certificado de factores salariales devengados en el último año de status pensional obra a folios 16 a 20 del expediente.

7.2.2. PARTE DEMANDADA

Niéguese la solicitud presentada en el acápite denominado "PRUEBAS", de oficiar a la entidad territorial que profirió el acto administrativo demandado, para que allegue copia del "*expediente administrativo de la controversia aquí planteada*", lo anterior, teniendo en cuenta que con las demandas se allegó copia de los actos demandados y certificación de salarios devengados, emitida por la Secretaría de Educación de Boyacá y que obran en el expediente, así como copia del formato único para la expedición de la historia laboral, documentos que éste Despacho considera suficientes para resolver el fondo del asunto.

7.2. EXPEDIENTE 2018-0079

7.2.1. PARTE DEMANDANTE

7.2.1.1. DOCUMENTALES

Téngase como pruebas con el valor que por ley les corresponda a los documentos vistos a folios 18 a 96 del expediente.

7.2.2. PARTE DEMANDADA

Niéguese la solicitud presentada en el acápite denominado "PRUEBAS", de oficiar a la entidad territorial que profirió el acto administrativo demandado, para que allegue copia del "*expediente administrativo de la controversia aquí planteada*", lo anterior, teniendo en cuenta que con las demandas se allegó copia de los actos demandados y certificación de salarios devengados, emitida por la Secretaría de Educación de Boyacá y que obran en el expediente, así como copia del formato único para la expedición de la historia laboral, documentos que éste Despacho considera suficientes para resolver el fondo del asunto.

7.3. PRUEBAS DE OFICIO

El Despacho considera que es innecesario decretar pruebas en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 10° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

VIII. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS (Art. 179 C.P.A.C.A.)

Atendiendo a que los asuntos sometidos a consideración del Juzgado son de puro derecho, pues lo debatido es la aplicación de la normatividad relacionada con la reliquidación de la pensión de jubilación y que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A., para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y dictar sentencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados. Las partes y el Ministerio Público estuvieron conformes con lo decidido.

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (Art. 179 inciso final C.P.A.C.A.)

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión:

Apoderada de la parte actora EXP 2018-0059: Minuto: 38:30 a 40:35.
Apoderada de la parte actora EXP 2018-0079: Minuto: 40:38 a 45:00.
Apoderado de la parte accionada: (Minuto: 45:01 a 01:00:00.
Ministerio Público: (Minuto: 01:00:00 a 01:04:59.

XI. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Escuchados los alegatos presentados, de conformidad con el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

1. Presentación del caso y planteamiento del problema a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio los problemas jurídicos a resolver se contraen a lo siguiente:

- ¿Si la parte demandante durante el año en que adquirió su estatus como pensionada, devenga factores salariales adicionales, los cuales no se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida; y en caso afirmativo, si le asiste el derecho de que su pensión sea reliquidada con la inclusión de dichos emolumentos?.

- ¿Si como consecuencia de dicha reliquidación, la entidad demandada debe reconocer y pagar a favor de las demandantes, el valor de las mesadas pensionales y adicionales que se causen por la reliquidación de pensión de jubilación y sus respectivos reajustes, desde el momento el que adquirió su estatus como pensionada hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia?

2. Tesis de la parte actora

Se debe reconocer, liquidar y pagar la pensión ordinaria de jubilación en cuantía del 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de adquisición del status pensional en los términos jurisprudenciales dictaminados por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en especial en el expediente 2017-0079.

3. Tesis de la entidad demandada

Para el extremo pasivo la pensión de jubilación se liquida con los factores salariales que le hayan servido de base para calcular aportes a pensión, siempre y cuando sea de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, además de acatarse el precedente jurisprudencial Consejo de Estado el 25 de abril de 2019 dentro del expediente con radicado No. 68001233300020150056 9-01.

4. Tesis del Ministerio Público

Para la representante del Ministerio Público se deben negar las pretensiones de la demanda atendiendo la nueva línea jurisprudencial expuesta por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación ya citada en líneas precedentes.

5. Tesis del Despacho

El Despacho negará a las pretensiones de las demandas atendiendo las reglas y subreglas establecidas en la sentencia de unificación[4] proferida por Consejo de Estado el 25 de abril de 2019 dentro del expediente con radicado No. 68001233300020150056 9-01, en la cual zanjó y estableció directrices en cuanto a la controversia que se venía suscitando en torno al tema del ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FOMAG.

El anterior precedente jurisprudencial será acogido por el Despacho, dado el carácter vinculante y obligatorio de las sentencias de unificación proferidas por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, las cuales tienen el reconocimiento de una auténtica fuente de Derecho[5].

Sobre la obligatoriedad del precedente ha indicado el órgano vértice de lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

> "El precedente anteriormente citado es de obligatorio cumplimiento, toda vez que se trata de una decisión de esta Corporación, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que por ende constituye precedente vertical. Tal precedente, es entendido como el conjunto de providencias proferidas por jueces o magistrados de mayor rango y, que tienen la virtualidad para obligar a los de un menor rango a acatarlo en el momento de decidir sobre un caso igual o similar, con la finalidad

[4] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Consejero Ponente César Palomino Cortés, profirió sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 de fecha veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número 68001233300020150056 9-01.
[5] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 30 de mayo de 2019 , dentro del medio de control de nulidad electoral identificado con el número 13001-23-33-000-2018-00417-01 (principal).

de garantizar seguridad jurídica e igualdad de obtener decisiones iguales en casos iguales [6] (...)"

En ese orden de ideas, el Despacho se apartará de la postura que adoptó el pasado el 14 de diciembre de 2018 dentro de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificados bajo los números 2017-146, 2017-160, 2017-169 y 2017-188, donde se accedió a las pretensiones de la demanda en asuntos de similares contornos como al debatido en el *sub lite*, al considerar que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, Exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01, (Ingreso base de liquidación Régimen General de Pensiones) NO constituye precedente judicial para la resolución del presente asunto, ni los argumentos que allí se plantean pueden hacerse extensivos a la situación pensional de los docentes afiliados al FOMAG.

En consecuencia, no existe duda sobre la obligatoriedad de obedecer y respetar las sentencias de unificación, por parte de los subordinados funcionales en este caso los jueces a-*quo* de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Conforme a lo anterior y a fin de resolver el proceso de la referencia, el Despacho considera indispensable precisar sobre los siguientes aspectos: **i)** Régimen prestacional de los docentes; **(ii)** Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019; y **iii)** el caso en concreto.

6. Régimen prestacional de los docentes

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

> "El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida."

Y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, señala:

> "**Régimen prestacional de los docentes oficiales**. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.**
>
> Los docentes que **se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley**, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)". (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señaló:

[6] Consejo de Estado - Sección Primera Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, Sentencia de fecha 27 de abril del año 2016 Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00415-00(AC)

"**Parágrafo transitorio 1º.** 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". (Negrillas de fuera del texto).

De las disposiciones en cita se deduce que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda según la fecha en que se hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial[7].

Bajo este contexto queda establecido que la Ley 812 de 2003 es aplicable siempre y cuando los docentes se vinculen con posterioridad a la fecha de su vigencia (27 de junio de 2003), en tanto que quienes ingresaron con anterioridad a esa fecha le son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

6.1. Régimen jubilación aplicable a los demandantes

En materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios con respecto al tratamiento relativo a las normas que regulan su actividad. En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Así entonces, y de acuerdo al asunto planteado, es importante determinar las diferentes normas que rigen la pensión de jubilación, en términos generales para funcionarios públicos, en razón de que en materia de jubilación los docentes no gozan de régimen especial.

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 de dispuso:

"Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensiónales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)" Resaltado fuera de texto.

[7] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 10 de septiembre de 2009. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

El Decreto 3752 de 2003 reglamentó, entre otros, los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al FOMAG y se dictan otras disposiciones..." la Ley 1151 de 2007 derogó el artículo 3° de la norma.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de 23 de septiembre de 2010, dentro del expediente con radicación No. 1857, señaló:

> "(...) el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente"

Concluyó entonces que las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes, vinculados con posterioridad a su expedición y que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de esta ley se rige por normas anteriores. En ese sentido, lo que hizo la Ley 812 de 2003 fue incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993 de la cual fueron excluidos por mandato del artículo 279, pero solo con quienes se vincularon con posterioridad a su expedición.

En consecuencia, el régimen pensional de los docentes **vinculados** con anterioridad a las mencionadas disposiciones es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985; en tal sentido, el régimen pensional que se aplica a los demandantes es el previsto en la Ley 33 de 1985, dado que el señor Edgar Sierra Suárez se vinculó al servicio público educativo el 18 de febrero de 1977 (fl. 87) y la señora Lucía Ortíz Avendaño el 29 de mayo de 1979 (fl. 20).

7. Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 dentro del expediente con radicación No.68001233300020150056 9-01 determinó cómo se debía definir la controversia que se venía suscitando en torno al tema del ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FOMAG.

En primer lugar, advirtió que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: **i)** No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y **ii)** se trata de problemas jurídicos distintos como se explicará más adelante.

Sin embargo, se advierte que en la sentencia del 25 de abril de 2019 se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tuvo en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico a desatar en dicho caso.

En cuanto a las reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes, reiteró que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, por tanto, la aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, sentando las siguientes reglas:

- 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 aquellos 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**.

- Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, 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. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Finalmente indico el precedente jurisprudencial que "(..) se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables".

8. Caso concreto

Conforme al precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado y analizado en líneas arriba el Despacho descenderá al fondo de asunto.

8.1. Expediente 15001333300620180059-00

De acuerdo con el material probatorio allegado al expediente se puede colegir que el docente Edgar Sierra Suárez, se vinculó 18 de febrero de 1977 (fl. 87); es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, por ende tiene derecho a que su pensión de jubilación le sea reconocida y liquidada bajo las disposiciones previstas en la Ley 33 y 62 de 1985.

De la referida regla jurisprudencial, se puede colegir que el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, corresponde a los factores previstos el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y que eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes,

esto es: 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.

Para el caso bajo estudio, de conformidad con el certificado de factores salariales el peticionario percibió los siguientes emolumentos en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional; esto es, del 7 de diciembre de 2006 al 6 de diciembre de 2007: asignación básica, prima de grado, sobresueldo 20%, sobresueldo rectores 30%, prima de vacaciones y prima de navidad (fls.16-17).

De los factores anteriormente enunciados la entidad demandada tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante, según la Resolución No 001499 del 12 de diciembre de 2008[8], asignación básica, prima de grado, sobresueldo rectores 30%, prima de vacaciones y prima de navidad (fl. 88).

La Ley 62 de 1985, estipula que para calcular la base de liquidación de la pensión se deben tenerse en cuenta los siguientes factores: 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.

Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podía tener en cuenta el factor salarial del **sobresueldo del 20%**, pues dicho factor no constituye base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se puede incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, de acuerdo con la regla fijada en esta sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el factor salarial del sobresueldo del 20% devengado en el último año de adquisición de su estatus pensional, dado que éste no está taxativamente previsto en la Ley 62 de 1985, como se pretende incluir.

De otra parte, se atenderá la postura indicada en la sentencia de unificación pues a pesar de radicarse el medio de control con anterioridad a la fecha de la providencia tal y como lo indicó el Consejo de Estado "*para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos*".

Con fundamento en lo anterior y atendiendo precedente vertical citado, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos atacados, por lo que no será otra la decisión más que negar las pretensiones de la demanda.

8.2. Expediente 15001333300620l8-0079-00

De acuerdo con el material probatorio allegado al expediente se puede colegir que la docente Lucía Ortiz Avendaño, se vinculó 29 de mayo de 1977 (fl. 20); es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, por ende tiene derecho a que su

[8] Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación por asignación de cuotas partes

pensión de jubilación le sea reconocida bajo las disposiciones previstas en la Ley 33 y 62 de 1985.

De la referida regla jurisprudencial, se puede colegir que el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, corresponde a los factores previstos el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y que eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es: 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.

Para el caso bajo estudio, de conformidad con el certificado de factores salariales la peticionaria percibió los siguientes emolumentos en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional; esto es, del 27 de mayo de 2013 al 26 de mayo de 2014: asignación básica, auxilio de movilización, bonificación difícil acceso 15%, prima de vacaciones y prima de navidad (fls.23-24).

De los factores anteriormente enunciados la entidad demandada tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante, según la Resolución No 001035 del 2 de febrero de 2015[9], asignación básica, auxilio de movilización y prima de vacaciones (fl. 20).

La Ley 62 de 1985, estipula que para calcular la base de liquidación de la pensión se deben tenerse en cuenta los siguientes factores: 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.

Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podía tener en cuenta el factor salarial de **prima de navidad y la bonificación por difícil acceso del 15%**, pues dichos factores no constituye base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se puede incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, de acuerdo con la regla fijada en esta sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales de prima de navidad y la bonificación por difícil acceso del 15% devengados en el último año de adquisición de su estatus pensional, dado que estos no están taxativamente previsto en la Ley 62 de 1985, como se pretende incluir.

De otra parte, se atenderá la postura indicada en la sentencia de unificación pues a pesar de radicarse el medio de control con anterioridad a la fecha de la providencia tal y como lo indicó el Consejo de Estado "*para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos*".

[9] Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación por asignación de cuotas partes

Con fundamento en lo anterior y atendiendo precedente vertical citado, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos atacados, por lo que no será otra la decisión más que negar las pretensiones de la demanda.

9. Costas

Atendiendo a que en el presente asunto no fue demostrada la causación de costas, sumado a que no se advierte ningún actuar temerario por parte de los demandantes, y en consideración a que previo al cambio jurisprudencial enunciado en precedencia, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de vocación de prosperidad que hacía comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte actora, este Despacho en el presente caso se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A:

EXPEDIENTE 150013333006201800059-00

Primero. -Negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del Derecho presentada por el señor Edgar Sierra Suárez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. -Abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. -Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello, y archívese el expediente dejando las respectivas constancias de rigor.

EXPEDIENTE 150013333006201800079-00

Primero. -Negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del Derecho presentada por la señora Lucía Ortiz Avendaño, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. -Abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. -Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello, y archívese el expediente dejando las respectivas constancias de rigor.

Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

Apoderado partes demandantes: Expediente: **2018-0059** sin recurso. Expediente **2018-0079**: Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia el cual sustentará dentro del término de 10 días.

Apoderada parte demandada: Sin recursos.

11. Control de Legalidad

En concordancia con el artículo 207 del C.P.A.C.A. y el artículo 29 de la Constitución Política, el Despacho **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicios que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante, lo anterior se concede el uso de la palabra a la parte para que se manifieste al respecto:

Apoderados de las partes demandantes: No evidencia irregularidad alguna.

Apoderado parte demandada: No encuentran vicio ni irregularidad alguna.

Escuchadas las partes, el Despacho manifiesta que no existe irregularidad, ni causal alguna que origine nulidad de lo actuado.

Las partes quedan notificadas en estrados. Las partes estuvieron conformes con lo decidido.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 4:17 PM horas y se firma por quienes intervinieron en ella.

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez

DEICY VIVIANA CUCHIA BAUTISTA
Apoderada parte demandante
Expediente 2018-0059

DIANA NOHEMY RIAÑO FLOREZ
Apoderada parte demandante
Expediente 2018-0079

JEIMMY ALEJANDRA OVIEDO CRISTANCHO
Apoderada entidad demandada

OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑÒN
Secretario Ad-Hoc

PAOLA ROCIO PEREZ SANCHEZ
Ministerio Público