

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado: 11001-33-35-009-2018-00202-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ROSA CANDELARIA CALDAS PERILLA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)

SENTENCIA ANTICIPADA

Están las diligencias al Despacho para proceder el juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, en el proceso iniciado por la señora ROSA CANDELARIA CALDAS PERILLA contra FOMAG.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), la accionante pretende que se declare la nulidad parcial de la resolución 2074 del 19 de abril de 2016 y, como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene: i) la reliquidación de su mesada pensional, a partir del 9 de enero de 2011, con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior a la consolidación del estatus; ii) sobre la nueva cuantía pensional, aplique los reajustes anuales correspondientes; y iii) el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Fundamentos fácticos

La demandante narró que prestó sus servicios al Estado, durante sus primeros años cotizó a Colpensiones y posteriormente a FOMAG. Consolidó estatus pensional el 8 de enero de 2011.

FOMAG reconoció pensión de jubilación por aportes, teniendo en cuenta solamente lo devengado por sueldo y prima de vacaciones, sin incluir la prima especial y la prima de navidad.

1.1.3. Fundamentos de derecho

Adujo que la actuación administrativa vulneró derechos fundamentales consagrados en la Carta Constitucional y las previsiones de las Leyes 91 de 1989, 71 de 1988 y 33 de 1985, según las cuales el IBL de la prestación debe calcularse teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados.

1.2. Trámite procesal

En desarrollo de la audiencia inicial que tuvo lugar el 9 de julio de 2019, se declaró de oficio la excepción de inepta demanda por indebido agotamiento del privilegio de la decisión previa y se dio por terminado el proceso; esta decisión fue revocada por el superior con proveído del 8 de noviembre de 2019; con auto del 3 de febrero de 2020 se fijó nueva fecha para continuar con la diligencia; sin embargo, por virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto 806 de 2020, con providencia del 6 de julio de 2020, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

1.2.1. Alegatos de conclusión COLPENSIONES

Esta entidad presentó escrito de alegaciones finales, pese a haber sido desvinculada del extremo pasivo de la Litis en audiencia inicial del 9 de julio de 2019, decisión que no fue revocada en segunda instancia.

1.2.2. Alegatos de la parte actora

El extremo activo en su escrito de alegaciones finales reiteró los fundamentos fácticos de la demanda e insistió en que las normas aplicables al régimen pensional docente prevén que la liquidación de la pensión debe efectuarse con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados y, en particular, las primas especiales y de navidad.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

Se centra en determinar ¿si la demandante tiene derecho a que FOMAG le reliquide la prestación con la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior a la consolidación del estatus pensional?

2.2. De lo acreditado en el proceso

2.2.1.- Resolución 2074 del 19 de abril de 2016, por medio de la cual la entidad demandada reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación por aportes, efectiva a partir del 8 de enero de 2011 (fecha de consolidación del estatus), liquidada con el 75% de lo devengado por concepto de asignación básica y prima de vacaciones.

2.2.2.- Certificación en la que consta que la demandante devengó durante el año anterior a la consolidación del estatus sueldo, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

2.3. Normativa y jurisprudencia aplicable al régimen pensional docente

A través de la Ley 33 de 1985 se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y las prestaciones sociales del sector público, regulando la pensión de jubilación ordinaria para los empleados públicos de todos los órdenes y establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación debe haberse servido a la Administración durante 20 años continuos o discontinuos y tener 55 años de edad.

Exceptúa de su aplicación a los empleados oficiales que la ley haya determinado expresamente, y a quienes por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, los empleados públicos que a la fecha de entrada en vigencia de esta norma hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les debe aplicar las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad y a los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Mediante la Ley 91 de 1989, se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y establece para 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, que una vez cumplidos los requisitos de ley, el reconocimiento de una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del

sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

El Estatuto General de Educación (art. 115 de la ley 115 de 1994) regula el régimen prestacional de los educadores conforme con las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, las cuales no consagraron un régimen especial en pensiones de jubilación para los docentes (*excepto la pensión gracia, que es una pensión especial para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980*), así entonces, el régimen prestacional docente es conforme a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, con las observaciones realizadas, que **remite al régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985**.

De acuerdo con el anterior marco normativo, y bajo la observancia del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, forzoso resulta concluir que la pensión de jubilación de los docentes continúa sometida al régimen legal anterior que no es otro que el de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Sin embargo, si el docente no reúne los 20 años al servicio del sector público exigidos por dicha norma, hay otro régimen que permite acumular aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, es el previsto la Ley 71 de 1988 que creó la que se denomina <<*pensión por aportes*>> y exige para su reconocimiento 20 años de servicios tanto al sector público como al privado y 55 años de edad para mujeres o 60 años de edad para hombres.

En el punto de los factores a tener en cuenta para calcular la pensión de jubilación el despacho siguió la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, fijada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, con la inclusión de **todos** los factores salariales devengados por los demandantes en el último año de prestación de servicio.

Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación identificada con el consecutivo SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha **25 de abril de 2019**, se pronunció respecto al ingreso base de liquidación a tener en cuenta para los docentes del sector oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En primer lugar y para evitar las discusiones que se suscitaron con ocasión a la expedición de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018¹, excluyó de su aplicación al personal docente referido, pues al contar estos con un régimen especial dispuesto ya en la ley 91 de 1989 u 812 de 2003,

¹ Radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01 con Ponencia del doctor César Palomino Cortés.

según sea el caso, no están sujetos al régimen de transición dispuesto en la ley 100 de 1993 y las consecuencias propias de dicho régimen.

Indicó que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los docentes a quienes se les aplica la ley 91 de 1989, son aquellos que se encuentren contenidos en el listado de la ley 62 de 1985 y sobre los que efectivamente realizó aportes o cotización.

Basó su argumento en la ponencia para el segundo debate al proyecto de ley 49 de 1989², en la que se indicó que <<el esquema de cotizaciones de la Nación como empleadora y de los docentes como trabajadores es la segunda gran fuente de financiación del Fondo>>, acto seguido, señaló que el régimen de cotizaciones o de aportes <<refleja un acuerdo total entre el Gobierno y el gremio de los educadores, quienes manifiestan que esa tabla de ingresos garantizará el funcionamiento equilibrado del Fondo. Por la vía de la comparación se examinó el régimen de aportes y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social y al Fondo de Previsión Social del Congreso>>.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y para el efecto, fijó la siguiente regla:

<<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.º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. >>

Más adelante, la sentencia reitera lo expuesto en la regla fijada y que por ser aplicable la Ley 33 de 1985, el período a tener en cuenta es el de un (1) año, que el 75% del ingreso base de liquidación, se conforma por los factores salariales sobre los cuales la parte actora hizo aportes y que se encuentren enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Finalmente, concluye:

² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

<<67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1.º de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- III. Edad: 55 años.
- IV. Tiempo de servicios: 20 años.
- V. Tasa de reemplazo: 75%
- VI. Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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. >>

2.4. Caso concreto

Está demostrado en el plenario que a la demandante le fue reconocida pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 y que su cuantía se estableció teniendo en cuenta lo devengado por concepto de sueldo, prima de alimentación y prima de vacaciones.

Así mismo reposa a folios 10 y 11 del plenario, certificación en la que consta que la demandante durante el año anterior a la consolidación del estatus (enero de 2010 a enero de 2011) devengó sueldo, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad; sin embargo, la misma certificación indica que los factores sobre los cuales realizó cotización fueron sueldo, y prima de vacaciones, mismos que fueron tenidos en cuenta por la entidad al momento de reconocer la prestación.

Por lo anterior, no le asiste razón a la parte actora, pues pese a que se trata de una pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, con la nueva interpretación del Consejo de Estado, todas las pensiones deben tener correspondencia con los aportes efectuados.

2.5. Condena en costas

Finalmente, pese a que conforme los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, el Despacho no condenará por estas a la parte actora porque el cambio jurisprudencia en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo se produjo después de iniciado este proceso y la buena fe, como confianza legítima, ampararon el proceder de la parte

ahora desfavorecida con la nueva línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



GUILLERMO POVEDA PERDOMO

Juez

(Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho³)

AM

³ <De las firmas de los actos, providencias y decisiones. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio>.