



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 13 septiembre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-00224
Demandante: Jaime Alberto Buitrago Cely
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional -FOMAG
Tema: Reliquidación pensional docente

Sentencia No. 93

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

- 1.- Solicita se declare la nulidad del acto ficto con ocasión a la petición E-2017-36005 del 23 de febrero de 2017 mediante la cual solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales
- 2.-Como consecuencia de lo anterior condenar a la demandada a que revise y ajuste la pensión jubilación equivalente al 75% **incluyendo todos los factores salariales** devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.
- 3.-Condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante el valor de los reajustes que se causen por los conceptos ya referidos, desde el momento en que se reconoció la pensión.
- 4.-Condenar a la demandada a realizar los ajustes sobre las sumas de dinero adeudado por concepto de reliquidación de pensión, aplicando el IPC certificado por el DANE, conforme lo establecido en el artículo 187 del CPACA, el pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss del CPACA.

Normas Violadas y Concepto de Violación: El demandante invocó la Ley 91 de 1989, artículo 15, la Ley 33 de 1985, artículo 1º, la Ley 62 de 1985 en consonancia con el Decreto 1045 de 1978. Soporta sus argumentos en las sentencias del 6 de abril de 2011 radicados 11001032500020040022001, 11001032500020050023400 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, el H Consejo de Estado, para efectos de que se ordene incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Problema jurídico El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional por ser beneficiario del régimen de transición docente establecido en la Ley 812 de 2003 o si por el contrario no es procedente anular los actos demandados teniendo en cuenta que la entidad aplicó correctamente la Ley 33 de 1985 considerando el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior al de adquisición del status de pensionada.

Hechos probados En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- La demandante nace el 1 de enero de 1945 (Fl.2)
- Vinculada como docente nacionalizado desde el 22 de febrero de 1984 (folio 19).

Página 1 de 5

Expediente: 1100133350172017-224
Demandante: Jaime Alberto Buitrago
Demandado: Ministerio de Educación FOMAG
Medio de control. Nulidad y Restablecimiento del derecho de carácter laboral

- Mediante Resolución 4068 del 4 de octubre de 2004 se ordenó reconocer al demandante pensión vitalicia de jubilación a partir del 27 de marzo de 2004, correspondiente al 75% de la asignación básica devengada en el año anterior a su status pensional.

- A través de la sentencia del 30 de junio de 2010, este despacho judicial resolvió declarar la nulidad de la resolución 2468 del 25 de marzo de 2008 y, como consecuencia de lo anterior, ordenó al FOMAG pagar al demandante las diferencias que resulten del valor del reajuste de la pensión de jubilación con efectividad fiscal a partir del 31 de agosto del año 2004 con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre las diferencias liquidadas y efectivamente canceladas, sumas que deben ser actualizadas y declara prescrito el pago de las mesadas anteriores a esa fecha.

- El 23 de febrero de 2017, el demandante solicita nuevamente solicitud de su mesada pensional con el objeto de que se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues el despacho solo incluyó el salario y la prima de vacaciones, quedando pendiente la prima de navidad y la prima de habitación.

Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] 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 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenece al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

Recuerda el despacho que en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionó tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila¹, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad,

¹ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés señaló de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag y en la segunda (2a) subregla aclaró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados con la ley 33 de 1985 son únicamente aquellos factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo anterior se sustenta en el artículo 48° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla en consonancia con el acto legislativo 01 de 2005 cuyo inciso 6o expresamente dispone que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Así lo determinó la sentencia unificada del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019² con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés

"...De acuerdo con el párrafo 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. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. 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 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.** b. 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..."

Efectos retrospectivos de la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Retomando lo indicado en Sala Plena, la anterior sentencia unificada de la sección segunda acudió al método de aplicación retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que es obligatorio para 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.

²Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

Los efectos de la decisión, dice el fallo, garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia unificada. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Caso concreto

Se encuentra acreditado que mediante **resolución 4068** del 4 de octubre de 2004 se ordenó reconocer al demandante pensión vitalicia de jubilación a partir del 27 de marzo de 2004, correspondiente al 75% de la asignación básica devengada en el año anterior a su status pensional.

.- A través de la sentencia del 30 de junio de 2010, este despacho judicial resolvió declarar la nulidad de la resolución 2468 del 25 de marzo de 2008 y, como consecuencia de lo anterior, ordenó al FOMAG pagar al demandante las diferencias que resulten del valor del reajuste de la pensión de jubilación con efectividad fiscal a partir del 31 de agosto del año 2004, adicionando los factores salariales devengados por el actor sobre los cuales cotizo el año anterior al retiro del servicio, esto es, el sueldo y la prima de vacaciones.

.- El 23 de febrero de 2017, el demandante solicita nuevamente solicitud de su mesada pensional con el objeto de que se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de su estatus pensional.

En el sub lite está demostrado que el accionante se vinculó como docente en propiedad desde el 31 de agosto de 1983, es decir, antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, adquiriendo su status pensional a partir del 27-02-2015 (folio 19).

Obra certificación de salarios devengados en el año 2009 allí se registran los factores con los cuales se cotiza la pensión, conforme con la Ley 62 de 1985, esto es, el sueldo y la prima de vacaciones.

De acuerdo con la jurisprudencia citada del 25 de abril de 2019, el demandante no tiene derecho a que se incluya en la liquidación pensional la prima de navidad y la prima especial dado que sobre estos factores no se realizaron los aportes correspondientes al sistema general de pensiones en consonancia con la voluntad legislativa al determinar los factores salariales y prestaciones que conforman la base de liquidación pensional

Costas. A diferencia del anterior Código, la Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que "Salvo en los procesos 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".

Al respecto, el numeral 4° del artículo 366 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 del C.P.A.C.A., prevé: "Para la fijación de agencias en derecho **deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.** Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, **sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....**". (Resalta el Despacho).

Ahora bien, el numeral 3.1.3. del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente **hasta** el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Expediente: 1100133350172017-224
Demandante: Jaime Alberto Buitrago
Demandado: Ministerio de Educación FOMAG
Medio de control. Nulidad y Restablecimiento del derecho de carácter laboral

Sin embargo, la jurisprudencia de la sección segunda del Consejo de Estado ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

Por lo anterior este despacho no condenará en costas a la parte actora como quiera que no aparecen probadas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia. **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez