Bogotá D.C., 26 de julio de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2018-00159**
Demandante: Maria Eugenia Melo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional -FOMAG
Tema: Reliquidación pensional docente

Sentencia No. 66

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 parcial de la **Resolución 4980 del 20 de octubre de 2010**, proferida por la Secretaría de Educación-FOMAG, mediante la cual reconoció la pensión de jubilación de la demandante a partir de su status 29/08/2009.

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** 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: La demandante invocó la Ley 91 de 1989, artículo 15, la ley 33 de 1985, artículo 1°, 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 de la demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional por ser beneficiaria del régimen de transición docentes 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 12 de agosto de 1953 (Fl.18)
.- Vinculada como docente distrital desde 8 de febrero de 1993 (Fl. 18 y 157).
.- Mediante Resolución 4980 del 20 de octubre de 2010 se ordena reconocer y pagar pensión vitalicia de jubilación a partir del 29 de agosto de 2009 en un 75% teniendo en cuenta como factores salariales devengados en el último año del status la asignación básica y, la prima de vacaciones.
.- Según certificación salarial visible a folio 157 del Cuaderno principal, en el periodo 2008-2009 devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad y, se cotizó al sistema sobre la asignación básica y la prima de vacaciones.

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.° del Acto Legislativo 001 de 2005:

> *«[...] Parágrafo transitorio 1°. 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 1° 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 1° de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3° 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 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, 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

[1] Expediente No. 25000232500020060750901 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

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 2019[2] con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés

> "...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. 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.

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,

[2]Consejo 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

que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenia 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 No 4980 del 20 de octubre de 2010**, proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente por los 20 años, con un promedio del 75% del promedio de los salarios devengados en el año de su estatus pensional teniendo en cuenta como factores la **asignación básica y, la prima de vacaciones**, efectiva a partir del 29 de agosto de 2009 (Fl.19-20).

En el sub lite está demostrado que la accionante se vinculó como docente en propiedad desde el 8 de febrero de 1993, 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 28/08/2009 (folio 18).

Visible a folio 157 del Cuaderno principal obra certificación de salarios devengados en el periodo 2008-2009 en dicho documentos se anota que los factores sobre los cuales cotizan los docentes de la Secretaría para la Seguridad Social son el sueldo, y la prima de vacaciones, factores que se tuvieron en cuenta en el acto administrativo demandado.

De acuerdo con la jurisprudencia citada del 25 de abril de 2019, la demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión razón por la que se negarán las pretensiones de la demanda.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece 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"*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar 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. 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 proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[3], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado[4] ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá

[3] Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.
[4] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [5]

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

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

[5] Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"
Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.