



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

Bogotá D.C., 19 de julio de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Radicado: 110013335-017-2017-0000700  
Demandante: MYRIAM CASTIBLANCO DE HERMIDA  
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional -FOMAG  
Tema: Reliquidación pensional docente

**Sentencia No. 62**

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vicie 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 2018 de 13 de abril de 2015**, proferida por la Secretaría de Educación-Fomag, mediante la cual reconoció la pensión de jubilación de la demandante a partir del 9 de mayo de 2014 sin incluir la prima especial y la prima de navidad, la nulidad de la **Resolución N. 1250 del 29 de enero de 2016**, por medio del cual se ajusta la pensión de jubilación por retiro del servicio a partir de 1º de octubre de 2015 sin incluir la prima de servicios, prima de navidad y bonificación decreto y, la **Resolución 9465 del 27 de diciembre de 2016** por la que se reliquida la pensión a partir de 1º de octubre de 2015 sin incluir la prima de servicios y, prima de navidad.
- 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 y del retiro del servicio.
- 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 y, el pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria conforme lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- 5.- Costas a cargo de la demandada y, 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 los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política, los artículos 15 y 2 de la Ley 91 de 1989, artículo 7 del Decreto 2563 de 1990, artículo 3 del Decreto-Ley 2277 de 1979, literal a del artículo 2 y artículo 12 de la ley 4 de 1992, Decreto reglamentario 1440 de 1992, Ley 115 de 1994, Ley 65 de 1946, Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la ley 6 de 1945, Decreto 1045 de 1978, artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y 153 de 1887, Ley 33 y 62 de 1985, ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003, Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Consideró que los actos atacados desconocen el derecho de la accionante al violentar el inciso 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por cuanto el régimen prestacional que goza la accionante, esto es, lo

Página 1 de 6

consagrado en la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2767 de 1947, por lo que cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, tal y como lo estipulo el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y en el artículo 5 del Decreto 1743 de 1966.

Por último, en cuanto a los factores salariales indicó que deben tenerse en cuenta que con Sentencia del 4 de agosto de 2010, el H Consejo de Estado, con pronunciamiento unificado, dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios anterior al retiro del servicio (FL. 14 a 21).

**Contestación de la demanda:** centra su defensa en que se declara la falta de legitimación del causa por pasiva, excepción debidamente resuelta en la audiencia inicial.

**Audiencia inicial** El 13 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, se ordenó de manera oficiosa solicitar copia de la petición del 20 de septiembre de 2016 por la que se reclamó la reliquidación pensional.

### Consideraciones

#### Tesis del demandante

Consideró que su pensión debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional y del último año de servicio conforme con la posición unificada del 4 de agosto de 2010 por parte del H Consejo de Estado.

#### Tesis del demandado

Funda su defensa en la falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción resulta en la audiencia inicial.

#### 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 y del último año de servicio 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 último año de servicio.

#### Hechos probados

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- La demandante nace el 5 de abril de 1950 (Fl. 3)
- Vinculada como docente nacional el 9 de mayo de 1994.
- Mediante Resolución 2018 de 2015, se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de Jubilación efectiva a partir de su status pensional, esto es, 9 de mayo de 2014, considerando como factores el sueldo y, la prima de vacaciones conforme con la Ley 33 de 1985 (Fl. 4-5).
- El 29 de febrero de 2016, con ocasión a su retiro del servicio aceptado mediante Resolución 1250 del 29 de febrero de 2015, se reliquida la anterior pensión teniendo en cuenta como factores la asignación básica, la prima especial y la prima de vacaciones con una tasa de reemplazo del 75% a partir del 1 de octubre de 2015 (folios 6-7).
- Finalmente el 27 de diciembre de 2016, se reliquida su pensión de jubilación de manera oficiosa incluyendo como factores del último año de servicio, esto es, la asignación básica, la prima especial, la

Expediente: 1100133350172017-00007  
Demandante: Myriam Castiblanco  
Demandado: Ministerio de Educación - FOMAG  
Medio de control. Nulidad y Restablecimiento del derecho de carácter laboral

bonificación Decreto y la prima de vacaciones con una tasa de reemplazo del 75% a partir del 1º de octubre de 2015.

.- La demandante solicitó 20 de septiembre de 2016 ante la Secretaria de Educación -Fomag la reliquidación de la pensión para que se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

- Se encuentra certificado los factores salariales devengados por la demandante en los años 2013-2014-2015 (Fl. 11 y 12).

### **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 párrafo 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, esto es, antes el 9 de mayo de 1994, 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 Ardila<sup>1</sup>, 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, 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.

<sup>1</sup> Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009). Actor: Luis Mario Velandia.

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 15 de mayo de 2019<sup>2</sup> 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, 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.

<sup>2</sup>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

### Caso concreto

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 2018 de 13 de abril de 2015**, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, le fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente de vinculación Nacional por los 20 años o más de servicios, 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 prima de vacaciones** efectiva a partir del 9 de mayo de 2014 (Fl. 4).

Se encuentra acreditado que mediante petición el 20 de septiembre de 2016 la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación a efectos de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos el año anterior al retiro del servicio, siendo resuelta mediante **Resolución No. 9465 del 27 de diciembre de 2016**, en la cual se ajustó la pensión de jubilación con inclusión del factor de Bonificación Decreto además de la asignación básica, la prima especial, prima de servicios y la prima de vacaciones.

En el sub lite está demostrado que la accionante se vinculó como docente en propiedad desde 9 de mayo de 1994, 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 9 de mayo de 2014 y retirada el 10 de octubre de 2015.

Con la certificación obrante a folios 11-12 el **año anterior a la adquisición del status pensional** corresponde al periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2013- 9 de mayo de 2014 figuran como factores devengados el Sueldo, la prima especial, la prima de servicio, la Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, y, los factores sobre los cuales se cotizó al sistema pensional (sueldo y prima de vacaciones).

**Y para el último año de servicio periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2014 al 10 de octubre de 2015** también figuran como factores devengados el Sueldo, la prima especial, la prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y Prima de Navidad y, los factores sobre los cuales se cotizó al sistema pensional (sueldo y prima de vacaciones) los cuales fueron reconocidos por la entidad demandada.

De acuerdo con la jurisprudencia citada del 15 de mayo de 2019, la demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión, toda vez que los factores que le fueron tenidos en cuenta son aquellos sobre los cuales cotizó al sistema, incluyendo la prima especial y la bonificación decreto, factores sobre los cuales no se cotizó para la sistema de seguridad social, 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<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup> 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 lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.<sup>5</sup>

*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

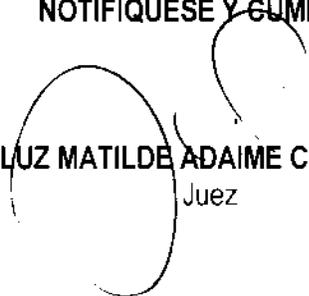
**PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda** de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

**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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.