

45

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
GIRARDOT

Girardot, ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA: 258
PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 25307-33-33-002-2018-00258-00
DEMANDANTE: RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Procede el Despacho en audiencia inicial a emitir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

Fide la parte actora se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 1800 del 6 de diciembre de 2004 y la nulidad del oficio No. 1512-072017RE953 del 10 de abril de 2018, emitidos por el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca y por la Secretaría de Educación de Fusagasugá, y en consecuencia, se condene a la parte demandada a que reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional. Así mismo, pide se ordene el reajuste de las mesadas pensionales correspondientes, los ajustes de valor a que haya lugar, se paguen las diferencias, intereses, se ordene dar cumplimiento al fallo conforme a la Ley 1437/11 y se condene en costas a la parte demandada.

1.2. TESIS DE LAS PARTES

↳ TESIS PARTE ACTORA.

Señala como normas **transgredidas**:

- Ley 33/85: art. 1.
- Ley 91/89: art. 15.
- Ley 715/01: art 38.
- Ley 812/03.

La parte demandante insiste en que debe declararse la nulidad de los actos acusados, en lo que atañe al ingreso base de liquidación y el valor que determinó la mesada pensional, dado que contrarían los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales. Así mismo, efectúa una relación de normas que cobijan a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, y precisa que el régimen pensional aplicable corresponde al vigente antes de la Ley 812 de 2003, este es, el comprendido en la Ley 91/89, al tiempo que destaca que el 75% ha de aplicarse al salario devengado en el último año, entendiendo por salario todo lo que el trabajador recibe por el servicio prestado, según definición que es respaldada en sentencia emitida por el Consejo de Estado.

↳ TESIS PARTE DEMANDADA.

No contestó demanda, ni asistió a la audiencia inicial.

↳ TESIS MINISTERIO PÚBLICO.

Precisa que si bien es cierto existía una marcada línea jurisprudencial sobre la liquidación de las pensiones para los docentes bajo el régimen de la ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, según la cual, los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional enunciados en las leyes antes referidas, no eran taxativos sino simplemente enunciativos, lo cual no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por los trabajadores durante el último año de servicio, juicio que conllevaba a que la pensión de jubilación para los docentes debía ser reliquidada con base en el 75% del salario promedio que sirvió para calcular los aportes, teniendo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales; no menos lo es que a partir de la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 tal criterio varió considerablemente, ello por cuanto el Consejo de Estado vertió una nueva postura frente a la IBL pensional, entendiéndose en la actualidad en virtud del artículo 48 de la Constitución Política y en desarrollo de los principios de solidaridad y sostenibilidad pensional debe darse aplicación a la ley 33 de 1985 en el entendido que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones del sector público serán los taxativamente ilustrados en la citada ley, lo que de suyo implica que también se incluirán solamente frente a los cuales se hicieron efectivamente aportes, razón por la cual solicita que las suplicas de la demanda deben despacharse de manera desfavorable.

2. CONSIDERACIONES

Persigue la parte demandante, en ejercicio del medio de control consagrado en el precepto 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 1800 del 6 de diciembre de 2004 y la nulidad del oficio No. 1512-072017RE953 del 10 de abril de 2018.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

¿LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE DEBE SER REAJUSTADA CON UN I.B.L. QUE INCLUYA TODOS LOS FACTORES SALARIALES PERCIBIDOS DURANTE EL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA ADQUISICIÓN DEL ESTATUS PENSIONAL?

2.2. LAS PRUEBAS.

✚ Copia de la Resolución N° 1800 del 6 de diciembre de 2004 emitida por el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL a partir del 2 de agosto de 2004 / fls. 7-9/.

✚ Oficio No. 1512-072017RE953 del 10 de abril de 2018, mediante el cual la Secretaria de Educación de Fusagasugá negó al señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL el reajuste de la pensión de jubilación / fl. 15 fte y vto/

Visto el material probatorio relacionado, se tiene que el señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL laboró como docente al servicio del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL por más de 20 años, por lo cual, al haber cumplido el requisito de la edad, le fue reconocida pensión de jubilación tomando como base el 75% del promedio de la asignación básica mensual, devengado durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

2.3. RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE, SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL.

La Ley 91 de 1989, estableció el régimen pensional especial aplicable al ramo docente y en su artículo 15 dispuso:

“...A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones: [...]

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo 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...” (Letra subrayada y en negrillas del Despacho).

El régimen pensional establecido en la citada Ley 91 de 1989 resulta aplicable en su integridad a la pensión de jubilación reconocida a la parte actora; lo anterior, al observar que la ley 100 de 1993 que consagró el sistema general de seguridad social en salud y pensiones excluyó de su aplicación al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En efecto el inciso 2º del artículo 279 de la mencionada ley 100 dispone:

“Así mismo, se exceptúa 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...” (Letra subrayada por el Despacho)

Esta excepción fue reiterada para los docentes que se encontraran afiliados a dicho fondo al 27 de junio de 2003, mediante la Ley 812 de 2003 que en su artículo 81 estableció:

“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...” (Letra subrayada por el Despacho)

En este orden de ideas, es claro que al señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL por haber estado afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 / v. fl. 7c1/ le era aplicable para la liquidación de la pensión lo establecido por el citado artículo 15 de la ley 91 de 1989, es decir, la aplicación de una tasa de remplazo del 75% sobre un ingreso base de liquidación equivalente al promedio del salario devengado durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

2.3.1. FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA CÓMPUTO DEL SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN.

2.3.1.1. Sobre la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 como régimen vigente para los pensionados del sector público.

A fin de determinar qué factores salariales deben ser incluidos dentro del “salario mensual promedio del último año”, dado que la citada Ley 91 de 1989 no los establece, debe tenerse presente que la mentada ley sí consagra que *“Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los*

¹ Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal B.

pensionados del sector público nacional², que no es otro que el consagrado en la Ley 33 de 1985.

En este punto de la argumentación, debe resaltarse que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha sido pacífico en señalar que el régimen pensional del sector público nacional al cual se sujeta la Ley 91 de 1989, es el contenido en la Ley 33 de 1985.

En sentencia del 26 de agosto de 2010³ señaló:

“...En su artículo 15 la citada ley [91 de 1989] estableció: (...)

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Está probado en autos, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1º de marzo de 1973, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es régimen legal general...” (Se subraya).

Y en sentencia del 9 de marzo de 2017⁴ expuso:

² Es útil reseñar que la Corte Constitucional, en sentencia C-084 de 1999, al interpretar el art. 15 numeral 2º literal B de la Ley 91/89, concluyó que “... de acuerdo con lo preceptuado en el numeral segundo, literal B, del citado artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981, tanto nacionales como nacionalizados, al igual que para los nombrados a partir del 1º de enero de 1990, “se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año”, **con sujeción al “régimen vigente para los pensionados del sector público nacional** y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional...” (Resaltado y subrayas del Juzgado).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., 26 de agosto de 2010. Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159-01(1738-08).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00168-01(0080-14).

“... [A] los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1990, nacionales y nacionalizados, se les reconocerá solamente una pensión de jubilación bajo el régimen general y ordinario de pensiones del sector público nacional, reconocimiento pensional que estuvo regulado por los artículos 17 de la Ley 6.^a de 1945 y 27 del Decreto 3135 de 1968, este último derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; y para aquellos que estuvieron vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 prevé que se mantendrá el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; es decir, que el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a favor de los docentes se rige por la Ley 33 de 1985, norma legal vigente hasta antes de la expedición de la Ley 91 de 1989...” (Se destaca por el Juzgado)

En equivalente entendimiento, el H. Consejo de Estado se pronunció en sentencias proferidas el 23 de marzo de 2017⁵.

Asimismo, en reciente sentencia de unificación, convalidó la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado⁶ que:

“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁷, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985” /Se destaca/.

El recuento del referido precedente judicial se realiza con el fin de convalidar que, en atención a los dictados del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985 es el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

2.3.1.2. Sobre la base de liquidación pensional de que trata la Ley 33/85.

⁵ Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., veintitrés (23) de marzo del dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00417-01(0058-15). En esa oportunidad el Alto Tribunal concluyó que “...el actor para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de la misma anualidad, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacionalizado, lo que permite establecer que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985 con sus respectivas modificaciones [Ley 62 de 1985]...”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., 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.

⁷ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁸ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

Reza la Ley 33 de 1985 en sus artículos 1º y 3º (último modificado por la Ley 62/85):

“ART. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)” (Se resalta).

Art. 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Se destaca).

En un primer momento, el precepto 3º inciso 2º de la Ley 33/85 había sido ampliamente estudiado por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda), órgano que había sido uniforme en señalar que los factores salariales no se encontraban enlistados de manera taxativa en la normativa aplicable, sino que, por el contrario, su inclusión atendía a una indicación meramente enunciativa, razón por la cual el cómputo de la liquidación de la pensión de jubilación había de realizarse incluyendo la totalidad de los factores salariales que hubieran sido efectivamente devengados por el servidor público durante el último año de servicios. Fue así como el H. Consejo de Estado dispuso⁹:

“...De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09).

ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones...

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio.

(Subraya y negrillas del Despacho)

Sin embargo, es de resaltar que el **Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**, dictó sentencia de unificación de jurisprudencia el **28 de agosto de 2018**¹⁰, en la cual, si bien fijó regla de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100/93 (temario que no tiene aplicabilidad al presente asunto), **también instituyó subregla de interpretación sobre los factores a los que alude el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, aspecto sustancial que incide directamente en las resultas del presente contencioso.**

Dijo así la Sala Plena del Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

¹⁰ Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.

“...99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional. [Negrillas de este párrafo originales]

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. [Negrillas de este párrafo originales]*

*101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, **va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.** La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; **sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base...**” (Subrayas y resaltado sin anotaciones, son del Juzgado).*

Se aprecia con diafanidad que, en el desarrollo de la segunda subregla jurisprudencial, el Consejo de Estado fue categórico en determinar los alcances interpretativos del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, indicando no solamente que deben tenerse en cuenta únicamente los factores salariales allí enlistados, sobre los cuales debieron realizarse los aportes, sino también marcando una clara rectificación jurisprudencial en relación con lo pregonado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 emitida por la Sección Segunda del Alto Tribunal.

Ahora bien; podría argumentarse que esta nueva postura jurisprudencial es aplicable solamente para las nuevas situaciones pensionales que se

consoliden en lo sucesivo, y que, por tanto, se acoja en el *sub lite* lo expuesto en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ya referenciada. Empero, sobre este punto, la Sala Plena del Consejo de Estado en la reciente sentencia de unificación, fue categórica en señalar que “las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinaria; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada...” (Se destaca).

Bajo esta línea de argumentación, y como quiera que la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 91 de 1989, se halla sujeta al régimen general de pensiones público vigente para la época, que no es otro que el contenido en la Ley 33 de 1985, y en tanto la Sala Plena del Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo recientemente reencauzó el precedente vertical que había forjado la Sección Segunda del Alto Tribunal sobre los alcances interpretativos del canon 3º de esa Ley, este Despacho ha venido atendiendo el nuevo precedente judicial vigente y pregonado por la Sala Plena, ***en el entendido que la liquidación de la pensión de jubilación solamente ha de tener en cuenta los factores sobre los que se hayan efectuado las cotizaciones correspondientes, según lista reseñada en el inciso 2º canon 3º de la mentada Ley 33/85***, ello tal como se observa en la postura expuesta en las sentencias dictadas por esta Célula Judicial dentro de los procesos intitulado con los números de radicación 20307-33-33-002-2017-00430, 20307-33-33-002-2017-00380, 20307-33-33-002-2018-00062, 20307-33-33-002-2018-00063 y, 20307-33-33-002-2018-00082, entre otras.

Finalmente, valga traer a colación el más reciente pronunciamiento jurisprudencial relacionado con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sentencia que, con fines de unificación, dictó el pasado 25 de abril el Consejo de Estado (Sala Plena de la Sección Segunda, SUJ-014-CE-S2-2019)**, destacando al respecto que la postura esgrimida por el Órgano de Cierre coincide con la que había venido adoptando este Despacho, tal como se constata en las providencias relacionadas en las líneas finales del párrafo que antecede. Así sobre el particular, el Juez Colegiado sentó el siguiente criterio:

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta 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, fijando 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° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

(...)

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

- ✓ **Edad: 55 años**
- ✓ **Tiempo de servicios: 20 años**
- ✓ **Tasa de remplazo: 75%**
- ✓ **Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el periodo 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.**"**

/Resaltado Original/

2.4. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO.

Con fundamento en las premisas normativas y jurisprudenciales que anteceden, encuentra el Juzgado lo siguiente respecto a la pensión de jubilación reconocida al señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL:

- a) Durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, la parte actora, además de la asignación básica, percibió las siguientes partidas: *(i)* Subsidio de alimentación, *(ii)* Prima de Navidad y *(iii)* Prima de Vacaciones; sobre aquello, se tiene que ninguna de ellas fue incluida por el legislador para que sobre las mismas se efectuaran aportes a pensiones (art. 3º Ley 33/85 conc. art. 1º Ley 62/85); luego, no pueden ser objeto de inclusión en la base de liquidación pensional.

Así las cosas, concluye el Juzgado que la pensión de jubilación reconocida al señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, aplicando una “tasa de remplazo” del 75% sobre el “ingreso base de liquidación” (IBL) comprendido por todas las partidas devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

En consecuencia, concluye el Despacho que la pensión de jubilación que viene percibiendo el señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL en virtud de la expedición de la Resolución N° 1800 del 6 de diciembre de 2004 no se observa viciada de ilegalidad, motivo por el cual el acto habrá de mantenerse incólume, razones estas que huelgan a que el Despacho no acceda a las pretensiones formuladas.

COSTAS.

Cierto es que en un primer momento, este Juzgado acogió el criterio esgrimido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹, por cuya virtud trascendía el proceder de las partes para la imposición de costas.

Asimismo debe decirse que la anterior postura fue reconsiderada, teniendo en cuenta:

- i. Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no preserva precedente judicial pacífico al punto. Evidencia de ello son las sentencias proferidas el 26 de abril de 2018, el H. Tribunal (Sección 2ª, Subsección “D”, en el proceso N° 2017-00178-01, M.P. Dr. Cerveleón Padilla Linares); y el 27 de julio de 2018 (Sección 2ª, Subsección D, Rad. 2017-00261-01, M.P. Dr. Luis Alberto Alvarez Parra), mediante las cuales, apelando a un criterio *objetivo*, impuso condena en costas, con

¹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, M.P. Dr. Carlos Alberto Orlando Jaiquel. expediente No. 2016-00256-01. actor. Jose Hildebrando Morales Viguez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Bogotá 02 de agosto de 2017.
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Carmen Ligia Rengifo Sanguino expediente No. 2016-00062-01. actor. Everardo Castillo Quiñonez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Bogotá 15 de junio de 2017, como también el Expediente No. 2016-00169-01. actor Alfonso González Chávez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Bogotá 10 de junio de 2017.

fundamento en el art. 188 del CPACA y el precepto 365 del CGP.

- ii. Que el H. Consejo de Estado, Sección 2ª Subsección A, había ratificado en reciente oportunidad¹² que al establecer la condena en costas, la Ley 1437 en concordancia con el CGP adopta un *criterio objetivo valorativo*, así:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente¹³ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia...” (Se subraya).

Es de anotar además que la posición distinguida y asumida por el H.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14).

¹³ Cita de cita: Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁴ Cita de cita: «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Consejo de Estado – Sección Segunda **Subsección A** en materia de COSTAS, ha sido pacífica hasta época más reciente, tal y como de ello dan cuenta:

- a) La sentencia emitida el 6 de diciembre de 2018, (Rad. 11001-03-15-000-2018-04317-00(AC), Consejero ponente: William Hernández Gómez).
- b) La sentencia proferida el 7 de febrero de 2019 (Rad. 11001-03-15-000-2018-04385-00(AC), Consejero ponente: William Hernández Gómez)¹⁵.

Sin embargo, debe reconocerse también en esta oportunidad que el **H. Consejo de Estado tampoco tiene postura pacífica sobre el punto**, comoquiera que la Sección Segunda – Subsección B del Alto Tribunal ha vertido reciente postura jurisprudencial que da cuenta de un **criterio subjetivo** en la imposición de las costas. Obsérvese lo expuesto en sentencia del 31 de octubre de 2018¹⁶:

“... ”

69. *Las costas, son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho.*

70. *De esta manera, el artículo 188 del CFACA establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia dispondrá¹⁷ sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.*

71. *En uso de dicha remisión, se tiene que los artículos 365 y 366 del CGP, regulan su condena y liquidación, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho, que serán incluidas en la liquidación. La norma prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.*

¹⁵ Señaló el Alto Tribunal en esa oportunidad, al analizar en sede de tutela la sentencia del Tribunal vinculado por pasiva en la actuación constitucional que: “...sí era procedente la condena en costas que impuso el Tribunal accionado al señor Mario Correa Cadavid, toda vez que el enunciado deóntico “dispondrá” que el artículo 188 *ibidem* consagró, puede asimilarse al enunciado “decidirá”, lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil...”

¹⁶ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicación número: 170001-23-33-000-2015-00255-01(0173-18).

¹⁷ La nomenclatura de esta expresión es de la cita.

72. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala¹⁸ en dicha temática 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 comprobadas¹⁹, 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.

En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, la Sala echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción...” /Subrayas y negrillas son del Juzgado/.

Es de resaltar también que la postura de la Subsección B también fue recientemente adoptada en sentencia del 22 de octubre de 2018 (52001-23-33-000-2014-00362-01(1550-16), CP. Carmelo Perdomo Cuéter).

En estas condiciones, ante la ausencia de precedente judicial pacífico por el Superior (Tribunal Administrativo de Cundinamarca) y al detectarse que el precedente judicial vertido por el Tribunal de Cierre de esta Jurisdicción tampoco es uniforme, el Juzgado estima válido reconsiderar la posición que en providencias recientes venía asumiendo con fundamento en lo expuesto por la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, para, en su lugar, **acoger el criterio subjetivo en la imposición de las costas, máxime que dicha postura atiende también a los principios de buena fe y lealtad procesales, esenciales en el ejercicio de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso.** Lo anterior, se insiste, corolario de la inexistencia de precedente vertical uniforme sobre la materia.

En este orden, al no haberse detectado mala fe o maniobras dilatorias de la parte vencida en el proceso, el Juzgado se abstiene de imponer condena especial en costas.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE GIRARDOT**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

¹⁸ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁹ Las negrillas de esta frase son de la cita.

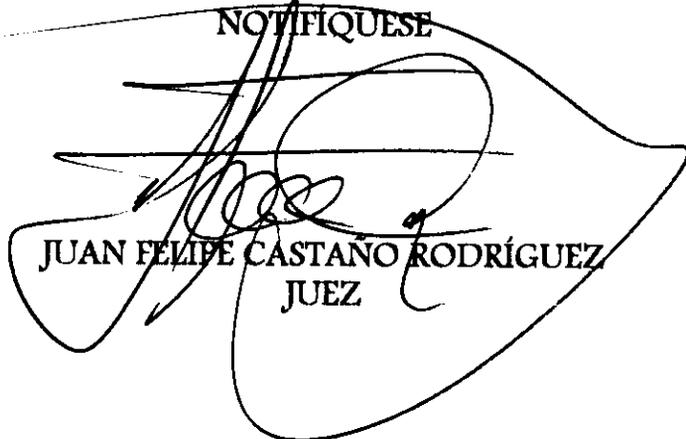
PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones formuladas por el señor RAFAEL ISIDRO CIFUENTES SABOGAL contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia. LIQUÍDENSE los gastos ordinarios del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVESE el expediente, previa emisión de la constancia que corresponda.

CUARTO: NOTIFIQUESE conforme al artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFIQUESE



JUAN FELIPE CASTAÑO RODRÍGUEZ
JUEZ