

**UZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA**



Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020).

Expediente N°:	11001-33-35-013-2018-00125-00
Proceso:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	WALDINA VARELA DE ROMERO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- REGIONAL CUNDINAMARCA
Asunto:	Fallo – Reliquidación Pensión Jubilación docente

*Procede el Despacho, una vez agotadas las etapas procesales pertinentes, a emitir sentencia dentro del proceso de la referencia, adelantado por la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, a través de apoderado, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA** en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo siguiente:*

ANTECEDENTES

1. DECLARACIONES Y CONDENAS.

“(…)

1°. Declarar la nulidad total de la Resolución No 000786 del 02 de mayo del 2017 mediante la cual negó la reliquida (sic) la pensión de jubilación de mi poderdante.

2°. Declarar la configuración y posterior nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio negativo administrativo de la entidad, frente al recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes mencionada, escrito radicado el 19 de mayo de 2017, bajo el N° 2017067079.

3°. Declarar que, a título de Restablecimiento del Derecho, mi representada tiene derecho a que el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** por conducto del **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA**, le reliquide la pensión de jubilación aplicando el 75% del promedio, incluyendo **TODOS** los factores salariales devengados en el último año de servicio, es decir, entre el 12 de enero de 2015 y el 11 de enero de 2016, incluyendo en la nueva liquidación los siguientes factores: Asignación Básica, Asignación Adicional Director Nuc35%, Bonificación Mensual, Prima de Navidad, Prima de servicios, Prima de

Vacaciones, Sobresueldo de Capacitación 25%, y en general todo lo que se demuestre como emolumento devengado dentro del proceso, cuya cuantía debe ser de **\$4.058.336,74**, mensual, efectiva a partir del 12 de enero de 2016.

4°. Declarar la prescripción para realizar los descuentos de ley para pensiones sobre los nuevos factores salariales que sean incluidos en la nueva liquidación y sobre los cuales no se hayan hecho aportes. Es decir, que los descuentos de ley se deben realizar para los factores devengados solamente durante los tres (3) años anteriores al reconocimiento de la prestación **y no de toda la vida laboral**, de la misma manera como se condicionan por prescripción los derechos laborales o, subsidiariamente, que se tenga como término de prescripción los cinco (5) años anteriores al reconocimiento de la prestación, de conformidad con lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

5°. En concordancia con lo anterior, ordenar al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** por conducto del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA**, o la entidad que haga sus veces, a pagar a favor de mi mandante las diferencias causadas de cada mesada pensional, resultantes entre el valor reconocido y el que le corresponda con esta reliquidación, desde la fecha de efectividad y hasta el mes en que se incluya en nómina en virtud de este fallo.

6°. Ordenar al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** por conducto del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA** o a la entidad que haga sus veces, para que sobre la pensión de mi representada reconozca y pague los reajustes de ley y los demás a que tenga derecho.

7°. Ordenar al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** por conducto del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA**, o a la entidad que haga sus veces que las sumas que resulte condenada a pagar a mi mandante sean indexadas o actualizadas desde la fecha en que se causaron hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de acuerdo con el IPC certificado del DANE, como lo autoriza al artículo 187 del C.P.A. y C.A., aplicando la fórmula adoptada por el honorable Consejo de Estado para estos casos.

8°. Ordenar al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** por conducto del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA**, o a la entidad que haga sus veces, que sobre las diferencias adeudadas de cada mesada pensional, se reconozcan intereses corrientes y moratorias en las condiciones previstas en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A y de lo C.A.

9°. Ordenar al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** por conducto del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL CUNDINAMARCA**, o a la entidad que haga sus veces, que dé cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 192 del C.P.A y de lo C.A.

10° Que se condene en agencias en derecho y costas procesales a la demandada.

(...)"

2. Hechos.

Los relatados en la demanda se resumen así:

-Que la señora WALDINA VARELA DE ROMERO, laboró como directiva docente en forma continua para la Secretaria de Educación de Cundinamarca,

desde el 11 de marzo de 1970 hasta el 11 de enero de 2016, fecha de su retiro, nombrada en propiedad y afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-Que su poderdante nació el 10 de octubre de 1950, cumplió los 55 años de edad el 10 de octubre de 2005, y dado que para esta fecha contaba con más de 20 años, consagrando su status de pensionada conforme a la Ley 33 de 1985.

-Que mediante Resolución No. 0307 del 24 de abril de 2006, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría Educación de Cundinamarca, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación en cuantía de 1.368.453, efectiva a partir del 11 de octubre de 2006.

-Que con Resolución No. 0000018 del 8 de enero de 2016 la demandante fue retirada oficialmente del servicio, como Director Núcleo de la planta de personal de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, a partir del 11 de enero de 2016.

-Que con escrito radicación N°2016-PENS-379634 del 3 de octubre de 2016, la demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación por retiro del servicio.

-Que mediante Resolución No. 000786 del 2 de mayo de 2017 la Secretaría de Educación de Cundinamarca, negó la reliquidación de la pensión por retiro.

-Que contra el precitado acto administrativo se interpuso recurso de reposición, con escrito radicado el 19 de mayo de 2017, bajo el No.2017067079, el cual no ha sido resuelto, por lo que se configura el acto ficto presunto derivado del silencio administrativo negativo.

3. Normas violadas y concepto.

En la demanda, se señalan como vulneradas las siguientes:

- **De rango constitucional:** artículos 2, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

- **Derango legal:** *Leyes 33 de 1985; ley 91 de 1989, Decretos 1743 de 1966, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 2277 de 1979.*

Se considera que la entidad demandada debe realizar la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como: asignación básica, asignación adicional director Nuc 35%, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, sobresueldo de capacitación 25%, por ser emolumentos que hacen parte del salario y se reciben periódicamente como contraprestación a los servicios prestados directamente por la docente.

Asimismo que para determinar los factores a incluir en la liquidación pensional, se debe remitir, entre otras normas, a la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1743 del mismo año, donde la pensión fue elevada al 75% del promedio mensual de salarios devengados en el último año, de servicios, que es la tesis avalada por el Consejo de Estado. Por lo que la violación a estas normas se dio, por no aplicarse lo ordenado en estas, según la cual la pensión se reconoce y liquida con base en las asignaciones devengadas en el último año de servicios, y en el caso sub examine, al tratarse del retiro del servicio, deben incluirse el total de los factores que integran el salario mensual del último año, pues si se tiene en cuenta una parte de lo percibido, implicaría un detrimento de la mesada.

Indica que de acuerdo a la historia y vinculación laboral de la demandante, debe aplicársele las normas sobre jubilaciones de los servidores públicos y, entre estas, las de docentes; y en tal virtud son sujetos de los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, artículo 45, donde se enumera algunos factores a incluir en la pensión y deja abierta la posibilidad para tener en cuenta otras prima y bonificaciones percibida habitual y periódicamente.

Además que el fondo prestacional no puede escudarse en que sobre todos los factores no se cotizo para el régimen de pensiones, por cuanto, los docentes hacen un aporte mensual del 5% sobre todo lo devengado, tal como lo ordena la ley 4 de 1966 en su artículo 2° literal b, pues fueron afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social y pasaron en tal condición una vez fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Finalmente, aduce que la demandada aplicó invertido el principio de favorabilidad en materia laboral, por cuanto frente a una duda en la aplicación o inclusión de sueldos en la liquidación pensional, se inclinó por excluir aquellos factores que generaban controversia, debiendo en este caso incluirlas y favorecer así al trabajador en sometimiento al principio constitucional del artículo 53. Y en apoyo de tal argumento cita la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado.

4. TRAMITE PROCESAL

4.1. *Mediante auto del 9 de abril de 2018 (fls. 36 y 36 vto.), se admitió la demanda formulada por la señora WALDINA VARELA ROMERO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la cual fue notificada personalmente a través de correo electrónico enviado a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica y al Ministerio Público (fls. 39).*

La entidad demandada no contestó la demanda.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunció en relación con la presente demanda.

El Ministerio Público no conceptuó.

4.3. *En audiencia pública inicial celebrada el 21 de noviembre de 2018, éste Despacho no adoptó medida de saneamiento alguna, fijó el litigio, declaró fallida la oportunidad de conciliación, decretó las pruebas allegadas y solicitadas; y se abstuvo de citar a audiencia de práctica de pruebas, ordenando que una vez se recibieran los documentos faltantes, se continuara con el trámite respectivo (fls. 56 al 59).*

4.4. Alegatos de conclusión.

Con auto del 7 de noviembre de 2019, se ordenó incorporar al expediente

las pruebas documentales faltantes debidamente recaudadas, y correr traslado para alegar de conclusión (fl.177).

La parte demandante presentó escrito de alegatos oportunamente ratificando los argumentos expuestos con el escrito de demanda (fl.181 a 184)

La parte demandada guardó silencio en ésta etapa procesal.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, tampoco intervinieron.

CONSIDERACIONES

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

*De conformidad con el litigio fijado en la audiencia inicial de artículo 180 del C.P.A.C.A., quedó establecido que en el presente proceso se pretende la **nulidad de la Resolución N° 00786 del 02 de mayo de 2017, y del acto ficto negativo proveniente del recurso de reposición interpuesto el 19 de mayo de 2017**, con el objeto que como restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio, con los valores debidamente indexados, los intereses moratorios a que hay lugar en caso de una eventual condena; y se hiciera pronunciamiento de condena en costas.*

1. Situación fáctica y hechos probados.

Mediante Resolución No 0307 del 24 de abril de 2006, la Secretaría de Educación de Cundinamarca, actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión mensual

*vitalicia de jubilación a la docente WALDINA VARELA DE ROMERO, en cuantía de \$1.368.453, correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, incluyendo como factor salarial la **Asignación Básica**, con efectos fiscales a partir del 11 de octubre de 2005 (fls.3 y 4)*

A folio 224 del expediente administrativo obra registro civil de nacimiento de la demandante WALDINA VARELA LEON, donde consta que nació el 10 de octubre de 1950.

Del citado acto administrativo de reconocimiento pensional se observa que la demandante adquirió el status jurídico de pensionada el 10 de octubre de 2005, por acreditado 20 años de servicio y 55 años de edad.

*A través de sentencia judicial del 28 de enero de 2009 proferida por el Juzgado 16 Administrativo de Bogotá, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con providencia del 11 de febrero de 2010, se ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la demandante incluyendo los factores salariales de **Sobresueldo del 25%, el Sobresueldo dir 35% y las Horas Extras**, devengados durante el último año de servicios anterior a adquirir del status, es decir, del 11 de octubre de 2004 al 10 de octubre de 2005, con efectividad desde el 11 de octubre de 2005 (fls 88 a 128).*

*Con Resolución No. 00029 del 3 de enero de 2011, la Secretaría de Educación de Cundinamarca, actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dio cumplimiento a los referidos fallo y, reliquidó la pensión de jubilación de la demandante en cuantía de \$2.441.249, incluyendo para su efecto los factores salariales de **Asignación Básica, 35% Sobresueldo Directora, 25% Sobresueldo Capacitación, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad**. (fls 37 a 41)*

Posteriormente, en la Resolución No. 0000018 del 08 de enero de 2016, la Secretaria de Educación de Cundinamarca le acepto a la demandante su renuncia, en el cargo de DIRECTOR DE NUCLEO del Municipio de Fómeque, quien prestaría sus servicios hasta el 11 de enero de 2016 (fl 5).

En escrito radicado el 03 de octubre de 2016 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación por retiro del servicio con la inclusión de todos los factores salariales devengados. (fls. 7 al 8).

La entidad demandada a través de la Resolución N° 00786 del 2 de mayo de 2017, negó la anterior solicitud, señalando que realizada la liquidación conforme al certificado de salarios aportado, la mesada pensional que actualmente percibía la accionante era superior al valor de la reliquidación efectuada, y por ende, por el principio de favorabilidad, no procedía la misma (fls. 9 a 10).

Contra la anterior resolución, el apoderado judicial de la demandante presentó el 19 de mayo de 2017 recurso de reposición. (fl 11)

*Según se aduce en el libelo de la demanda, la entidad demandada no resolvió dicho recurso, por ende, se advierte que 2 meses después de interpuesto, es decir, **el 21 de julio de 2017**, sin que la entidad demandada se pronunciara de manera definitiva, operó frente a la misma el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011.*

*De conformidad con el Formato Único para Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece que la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, ingresó a laborar en esa entidad en propiedad desde el **11 de marzo de 1970**, y en el año anterior al retiro del servicio (11 de enero de 2015 al 11 de enero de 2016) devengó **Sueldo, sobresueldo de capacitación 25%, sobresueldo 35% director núcleo, vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación y prima de servicios** (fls. 12 y 173 a 175).*

*Así mismo, se estableció de acuerdo a la información allegada por la Dirección de Personal de Instituciones Educativas del Departamento de Cundinamarca, el 24 de octubre de 2019, que a la docente **WALDINA VARELA***

*DE ROMERO se le efectuaron descuentos por aportes al Fondo de Prestaciones Magisterio sobre los factores salariales de **asignación básica mensual, sobresueldos y bonificación (fl, 131-132).***

2. Problema jurídico.

Se contrae a determinar si es o no procedente la reliquidación y reajuste de la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, en su calidad de docente, con la inclusión de todos factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio..

3. Marco normativo.

3.1. Del régimen pensional de los docentes.

*Con el fin de dirimir la controversia debatida, se hace necesario precisar la fecha de vinculación de la docente WALDINA VARELA DE ROMERO al servicio del Estado, a fin de establecer la normatividad aplicable en su caso, por ello resulta imperativo mencionar que, de conformidad con el certificado de tiempo de servicios obrante a folio 12 del expediente, se observa que ésta se vinculó en propiedad al servicio docente oficial desde el **11 de marzo de 1970**, por lo que en este caso las normas aplicables son las vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", en su artículo 279 estableció:

*"(...) **ARTICULO. 279.-Excepciones.** El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

***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. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor*

de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)" – Negrillas fuera de texto -

A su turno, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consagró el régimen aplicable al personal docente así:

"(...)

Artículo 15º.- 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:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 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, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980¹ que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, 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.

(...)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

¹ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

Luego, la Ley 115 de 1994, en su artículo 115, consagró que el ejercicio de la profesión docente se regiría por las normas del régimen especial, establecidas en ésta ley, y las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993².

Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003 **"Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"**, en cuyo artículo 81 se precisó:

"(...)

Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

El Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, además de elevar a rango constitucional el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, definió la forma de liquidar las pensiones y precisó el régimen aplicable a los docentes, al consagrar lo siguiente:

"(...)

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

(...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> **El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las**

² Artículo 115º.- Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley. Ver Artículo 26 Decreto Nacional 2277 de 1979 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

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.

(...) –Negritas fuera de texto-

De lo anterior se puede colegir que el régimen prestacional de los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981 y hasta el 27 de junio de 2003, es el establecido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, las cuales no consagran un régimen especial respecto a las pensiones de jubilación (salvo la pensión gracia); por lo tanto, resulta claro que el régimen pensional aplicable a este sector de los educadores, de conformidad con la citada Ley 91, es el establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora bien, la Ley 33 de 1985, “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”, en su artículo 1 dispuso lo siguiente:

“(…)

ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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.**

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(…)

PARAGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

(…)” .

A su vez, el artículo 3º de la citada Ley 33 de 1985, dispuso los factores a tener en cuenta para efectuar la correspondiente liquidación en los siguientes términos:

“(…)

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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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.

(…)”.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el art. 3º de la Ley 33 de 1985, quedando del siguiente tenor:

“(…)

Art. 1º.- 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 inversión se impute presupuestalmente como funcionario o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, **la base de liquidación de 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 realizado en hora 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. (…)”

De las normas transcritas se establece que los empleados oficiales que hayan laborado más de 20 años continuos o discontinuos y cumplan la edad de 55 años, tienen derecho a que se les pague una pensión vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para aportes en el último año de servicio. Igualmente que en principio en aplicación taxativa de dicha normatividad solo podrían tenerse en cuenta los factores allí establecidos para la base de liquidación, aspecto sobre el cual el Despacho hará el análisis correspondiente.

3.2 De los factores salariales a tener en cuenta en el régimen pensional aplicable a los docentes.

Sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar las pensiones regidas por la Ley 33 de 1985, este Despacho desde el comienzo acogió la tesis expuesta por el Consejo de Estado³, que sostenía:

(...)

En cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar esta prestación social, resulta acertada la aplicación del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, cuando señala que la base de liquidación de la pensión está constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario. "... 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."

En otras palabras, **en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.**

(...) –Negritas y subrayas fuera de texto–

En virtud de lo anterior, se consideraba que era obligatorio concluir que para todos los efectos legales, debía tomarse como factor salarial para liquidar dicha pensiones la totalidad de los valores cancelados durante el último año de servicio a los empleados, salvo que existiera una ley que expresamente les restara ese carácter. Además, no se aceptaba la tesis referente a que la ley 33 de 1985 señalaba en forma taxativa los factores para liquidar las pensiones de los servidores públicos, pues el inciso tercero del artículo 3 ibídem, permitía la existencia de otros factores sobre los cuales se calcularan aportes para pensión; disposición que fue reiterada en el inciso tercero del artículo 1 de la ley 62 de 1985, modificatoria de la Ley 33.

Por ello, tampoco se admitía que fuese un pagador quien a su arbitrio, determinara los conceptos de las asignaciones que constituirían o no factor salarial para calcular las cotizaciones o aportes de pensión; y por el contrario, se mencionaba que en aras de evitar principalmente violación de los derechos de

³ Sentencia del 1 de marzo de 2007. Radicación No. 17001 – 23 – 31 – 000 – 2001 – 00607 – 01 (1942-05). MP. Dr. Alberto Arango Mantilla.

*favorabilidad en materia laboral, igualdad y de cualquier otra garantía de rango superior, se debía acudir a la aplicación de principios universales sobre el concepto de salario expuestos en convenios internacionales y en normas nacionales, que se encuentran en armonía con el criterio jurisprudencial antes referido, tales como el Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo - aprobado por la Ley 54 de 1962-, donde en su artículo 1º del numeral 2 se definía el concepto de salario, la Ley 5ª de 1969 en cuyo artículo 2º determinaba lo que debía entenderse por asignación, salario o retribución por labores prestadas o para pensiones y, la garantía constitucional de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de la Carta Superior, para concluir que era viable **aceptar la inclusión de aquellas sumas que habitual y periódicamente recibiera el funcionario o empleado como retribución de sus servicios para efectos de liquidar estas pensiones.***

Con relación al tema de los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los beneficiarios de las Leyes 33 y 62 de 1985, resulta oportuno recordar que la jurisprudencia de ésta jurisdicción ha adoptado diversos criterios: (i) que debían tenerse en cuenta tan solo los factores taxativamente enlistados en la ley, y si se hubiesen realizado descuentos a otros factores no indicados en la normatividad, debía devolverse los aportes al pensionado; (ii) que solo debían tenerse en cuenta los factores sobre los cuales hubiere cotizado el titular del derecho, y, (iii) se debían incluir todas las sumas que habitual y periódicamente hubiese percibido el titular del derecho pensional en el último año de servicio, sin importar si se hubiere cotizado sobre los mismos o la taxatividad en la ley, salvo que el factor salarial a incluir estuviese expresamente prohibido por la ley.

*Esta última hipótesis, fue convalidada en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el **4 de agosto 2010**⁴, en el sentido de señalar que la Ley 33 de 1985 no dispuso de manera taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios o*

⁴ H. Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 250002325000200607509-01, Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

adquisición del estatus pensional, razón por la cual éste Despacho continuó acogiendo el último criterio reseñado, en el sentido de tomar como factor salarial para liquidar las prestaciones a los servidores públicos, la totalidad de los emolumentos devengados durante el último año de servicio, excepto aquellos que por ley no ostentaran tal carácter.

*No obstante lo anterior, se debe precisar que el criterio adoptado en dicha sentencia del 04 de agosto de 2010, fue **rectificado** en el fallo de unificación proferido el **28 de agosto de 2018**, por la Sala Plena del Consejo de Estado⁵, bajo el siguiente razonamiento:*

“(...)

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.

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.**

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 de 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.**

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

(...)”

⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018) Expediente: 2001-23-33-000-2012-00143-01 - Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro - Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, en reciente fallo de unificación proferido el 25 de abril de 2019⁶ el Consejo de Estado sentó su criterio en materia de régimen pensional, específicamente respecto a los docentes, estableciendo:

“(…) 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 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

(…)”

3.3 De la inaplicabilidad de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional y, los efectos de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado.

⁶ **CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-** CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., abril veinticinco (25) de dos mil diecinueve (2019) **Expediente:** 2001-23-33-000-2012-00143-01 - **Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho **Demandante:** Abadía Reynel Toloza - **Demandado:** Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **Asunto:** Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación Factores Salariales a tener en cuenta en reliquidación pensión docentes.

En anteriores decisiones proferidas por éste Despacho se consideró lo siguiente:

La Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018, señaló los criterios de interpretación y alcance del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que las pensiones de quienes en virtud de la referida transición normativa, se les aplicaba el régimen pensional anterior a dicha ley, se les respetarían los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto, pero para calcular su IBL se estipuló que debía tenerse en cuenta el inciso 3º del mencionado artículo 36, o el artículo 21 ibídem, según fuera el caso, y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Entonces, comoquiera que la aplicación de la Ley 33 de 1985 a la demandante en su calidad de docente estatal deviene de lo establecido en la Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, y no del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es viable aplicar la mencionada jurisprudencia de la Corte, pues como ya se mencionó, lo que allí se estableció fue en relación con los servidores públicos cobijados por el régimen de transición del sistema general de pensiones, sin que hiciera mención alguna a las pensiones del sector de los educadores.

Por lo tanto, ante la palmaria diferencia entre las personas que acceden a la Ley 33 de 1985 por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y los docentes a quienes se les aplica el primer régimen pensional por vacío normativo de la Ley 91 de 1989, concluyó el Despacho que las citadas sentencias de la Corte Constitucional, no eran aplicables al sub-lite, dado que en estas ningún estudio se efectuó respecto a la aplicación de la Ley 33 de 1985 a los docentes.

De otra parte, se tiene que el plenario Consejo de Estado, a través de la citada sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, acogió el precedente sentado por la Corte Constitucional en las mencionadas sentencias, fijando así en la regla y subregla uno, su posición respecto a los parámetros a tener en cuenta para determinar el IBL de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según las cuales este se debía liquidar de acuerdo a lo establecido en el inciso 3º ídem,

o el artículo 21 ibidem, armonizando en este sentido su criterio con el órgano de cierre constitucional; sin embargo, con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2005, a diferencia de la Corte, consideró que los factores salariales a incluir eran sólo aquellos sobre los cuales se hubiese realizado cotizaciones.

*En esta última providencia, la máxima Corporación de lo contencioso administrativo, expresamente, excluyó a los docentes de la aplicación de tales lineamientos establecidos **en dicha regla y subregla uno**, puntualizando:*

*“(...) 95. **La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁰. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.***

(...)” Subrayas y negrillas fuera de texto-

*No obstante lo anterior, en ese pronunciamiento, respecto a la **subregla dos** también allí establecida, ninguna exclusión se planteó para los docentes, en relación con los factores salariales a incluir a los pensionados cobijados por la Ley 33 de 1985, y por el contrario, acudiendo a lo consignado en el Acto 01 de 2005, no solo rectificó la jurisprudencia de esa Corporación plasmada en la sentencia del 4 de agosto de 2010, sino que determinó que la interpretación constitucional más adecuada al artículo 48 de la C.P. correspondía a que “(...) **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**(...)”*

*Bajo el contexto referido en precedencia, si bien este Despacho en un primer momento decidió no tomar en consideración los parámetros interpretativos allí expuestos para el caso de los docentes, lo cierto es que posteriormente rectificó el criterio que tiempo atrás venía aplicando, referido a la posibilidad de incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año servicio a los docentes, **acogiendo, en su lugar, el nuevo precedente fijado en la subregla dos**, en el sentido de que los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de liquidar las pensiones de cualquier régimen corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se efectuaron cotizaciones. Este cambio de criterio obedeció a las siguientes razones:*

Como ya se indicó, el criterio hermenéutico seguido por esta dependencia judicial derivaba de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, donde se argumentaba que los emolumentos consagrados en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978 no eran taxativos sino enunciativos, lo que posibilitaba la inclusión de otros “factores salariales” legales para efecto de liquidar las pensiones de quienes les resultaban aplicables dichas normas.

*La regla de ratio establecida en esa providencia fue expresamente modificada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁷. Allí, la máxima Corporación de lo contencioso administrativo fijó dos subreglas, a saber: (i) que el ingreso base de liquidación (IBL) de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 era el establecido en el inciso 3º ídem, o en su defecto, el dispuesto en el artículo 21 ibidem. (ii) Que “(...) los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez **de los servidores públicos beneficiarios de la transición** son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.*

Nótese que la regla y subregla uno establecida por la mencionada sentencia de unificación, no resultan aplicables a las pensiones de los docentes regidas por la Ley 33 de 1985, por cuanto dichos parámetros fueron concebidas para las personas a quienes se les aplicaba el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual, como se anotó en precedencia, no es el que permite que se les aplique a los docentes de forma ultractiva la Ley 33, sino que esto deviene de lo establecido en la Ley 91 de 1989.

*Sin embargo, el Despacho consideró que los argumentos de los cuales se sirvió el Consejo de Estado para establecer la **segunda subregla** servían como parámetro interpretativo aplicable a casos como el presente, pues para arribar a dicha conclusión, realizó una interpretación sistemática de la Constitución, particularmente del principio de solidaridad consagrado en los artículos 1º y 48*

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), Cp. César Palomino Cortes.

ibidem, y de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el mencionado artículo 48. A juicio de esa Corporación, la segunda subregla logra un equilibrio entre los principios que entran en colisión, pues al disponer que las pensiones se liquidarán únicamente con los factores salariales sobre los cuales se han efectuado aportes, no se afectan las finanzas del sistema (principio de sostenibilidad financiera), ni se pone en riesgos la garantía del derecho irrenunciable a la pensión (principio de seguridad social⁸).

Por consiguiente, esta Dependencia judicial consideró en pretérita oportunidad que era procedente aplicar el criterio interpretativo de la segunda subregla fijada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, pues:

En primer lugar, porque el Acto Legislativo 01 de 2005, establece de forma categórica que “(...) Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...)”. Entonces, así como esta norma resulta aplicable para efectos de analizar el régimen pensional de dichos docentes, en cuanto ratifica que los docentes vinculados antes la vigencia de la Ley 812 de 2003, se rigen por las disposiciones anteriores establecidas para el Magisterio, también debe tenerse en cuenta para determinar los factores salariales a incluir en la liquidación de sus pensiones, máxime cuando allí se indicó la forma de liquidar “las pensiones”, sin hacer ninguna salvedad.

En segundo lugar, porque según lo indicó el Consejo de Estado, el disponer que las pensiones se deben liquidar teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones logra un equilibrio entre el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y el principio de seguridad social, representado en el derecho pensional de los afiliados.

⁸ Corresponde al derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución, el cual, siguiendo a Alexy, está configurado como un principio con estructura de mandato de optimización, en virtud de la cual siempre deben propenderse a su mayor aplicación, siguiendo la lógica del óptimo de Pareto.

En tercer lugar, porque el sustento jurisprudencial que servía de fundamento para considerar que las pensiones se debían liquidar con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio (sentencia de unificación del 4 de septiembre de 2010), fue expresamente variado por la Corporación que lo había sentado, y por ende, ya no constituye precedente, es decir, desaparecieron sus fundamentos jurídicos.

*Entonces, concluyó que comoquiera que la aplicación de la Ley 33 de 1985 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deviene de lo establecido en las Leyes 91 de 1989, 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, **el cual no hizo ninguna diferencia en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones de cualquier régimen**, el Despacho otrora procedió a modificar el criterio respecto a los factores salariales que se debían tener en cuenta para liquidar las pensiones de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, **señalando que sólo podrán ser tenidos en cuenta los emolumentos sobre los cuales el cotizante hubiese efectuado aportes, en el último año de servicio o el año anterior a la adquisición del estatus pensional, según fuera el caso.***

*Posición que es la que se mantiene en el presente caso, máxime cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en **sentencia de unificación del 25 de abril de 2019**⁹, al sentar su criterio frente a los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los docentes, convalidó el parámetro interpretativo contenido en la **segunda subregla** de la sentencia del 28 de agosto de 2018, en cuanto a que los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les liquidará su pensión **con los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985**, el cual en esta oportunidad al tratarse de una sentencia de unificación, constituye precedente judicial de carácter vertical,*

⁹ **CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-** CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., abril veinticinco (25) de dos mil diecinueve (2019) **Expediente:** 2001-23-33-000-2012-00143-01 - **Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho **Demandante:** Abadía Reynel Toloza - **Demandado:** Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **Asunto:** Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación Factores Salariales a tener en cuenta en reliquidación pensión docentes.

cuya aplicación es de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa.

4. Caso concreto.

*Una vez establecido que a la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO** le es aplicable el régimen previsto con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, para los docentes afiliados al Magisterio, es decir, la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1968, por mandato de la Ley 91 de 1989, corresponde al Despacho analizar si en el caso concreto es viable, la reliquidación de la pensión de jubilación de la docente demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.*

*De acuerdo con las pruebas arrojadas al expediente, se advierte que en la **Resolución No 0307 del 24 de abril de 2006**, mediante la cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, a partir del **11 de octubre de 2005**, la entidad demandada efectivamente dio aplicación a la Ley 33 de 1985, conforme a lo consagrado en la Ley 91 de 1989, para cuya liquidación tomó como base el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico de pensionada, incluyendo el factor salarial de **Asignación Básica**.*

*Igualmente, está demostrado que con Resolución No. 000029 del 3 de enero de 2011, la entidad demandada en cumplimiento de la sentencia judicial proferida por el Juzgado 16 Administrativo de Bogotá, confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, desde el 11 de octubre de 2005, incluyendo como factores salariales, además de la asignación básica ya reconocida, los ordenados en las referidas sentencias judiciales y otros que le fueron reconocidos por esa entidad, es decir, **Asignación Básica, 35% Sobresueldo Directora del 35% , Sobresueldo de capacitación del 25%, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad**.*

Conforme a la Resolución No. 0000018 del 08 de enero de 2016, quedó acreditado que a la demandante se le aceptó la renuncia, en el cargo de **DIRECTOR DE NUCLEO** del Municipio de Fόμεque, a partir del 12 de enero de 2016, por prestar sus servicios hasta el 11 del mismo mes y año.

De la misma manera, está demostrado que con Resolución No. 00786 del 2 de mayo de 2017, la Secretaria de Educación de Cundinamarca en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió negar la solicitud de reliquidación de la pensión de la demandante por favorabilidad, en razón a que el valor de la pensión que recibía actualmente resultaba mayor al valor que arrojaba la reliquidación proyectada por esa entidad.

De igual forma, se tiene que al no haberse resuelto el recurso de reposición interpuesto el 19 de mayo de 2017 contra esta última resolución, originó la configuración del acto ficto negativo que aquí también se demanda .

Según el Formato Único para Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, en el año anterior al retiro del servicio, es decir, del **11 de enero de 2015 al 11 de enero de 2016**, devengó los emolumentos denominados **Sueldo, sobresueldo de capacitación 25%, sobresueldo 35% director núcleo, vacaciones, Prima de navidad, Prima de vacaciones, bonificación y prima de servicios**, respecto a los cuales sólo se efectuaron cotizaciones para pensión sobre **Asignación Básica, sobresueldo y Bonificación**.

Como se puede apreciar, en el caso sub examine se encuentra plenamente demostrado que la entidad demandada, al momento de reconocer la pensión de jubilación del demandante, tuvo en cuenta como factor salarial la **Asignación Básica**, y que en cumplimiento de una sentencia judicial reliquidó la referida prestación incluyendo además de dicho salario ya reconocido los de **sobresueldo de Capacitación 25%, sobresueldo 35% director núcleo**, y otros factores que le fueron reconocidos directamente por la Secretaria de Educación de Cundinamarca, como lo son las **Primas de Vacaciones y Navidad**, es decir,

que le reconoció no solo los factores sobre los cuales la demandante efectuó aportes en el año anterior al status de pensionado (**sueldo y sobresueldos**), sino que también le incluyó otros (**Prima de Vacaciones y Prima de navidad**) sobre los que no aparecen certificadas cotizaciones.

Entonces, como en este caso se solicita la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año anterior al retiro del servicio, es preciso advertir, que no es procedente ordenar dicho reajuste en los términos solicitados, conforme a la prohibición contenida en el **Acto Legislativo 01 de 2005** y al criterio fijado en la **sentencia de unificación del 25 de abril de 2019** proferida por el Consejo de Estado, donde se señaló que para liquidar las pensiones del régimen de los docentes solo es viable tener en cuenta **aquellos factores salariales sobre los que se hayan realizado aportes o cotizaciones**, razón por la cual al haberse demostrado que sobre los factores no incluidos, se realizó descuentos para aportes únicamente respecto a la **bonificación**, sin que se haya realizado por la **prima de servicios**, este Despacho considera que no hay lugar a ordenar la reliquidación deprecada con relación a este último y, por ende, se negaran las pretensiones de la demanda relativas a la inclusión de dicho factor.

Así las cosas, se logra desvirtuar parcialmente la presunción de legalidad que amparaba la **Resolución 786 del 2 de mayo de 2017** y el **acto ficto proveniente del recurso de reposición interpuesto el 19 de mayo de 2017**, pues al negarse la reliquidación pensional de la demandante con la inclusión del factor salario de **bonificación**, que fue devengada por la misma en el año anterior al retiro del servicio y sobre el cual realizó aportes o cotizaciones, se desconocieron sus derechos laborales consagrados en la Constitución Política y se incurrió en violación de la ley, siendo viable decretar su nulidad parcial.

Nótese que la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO** tiene derecho a que su pensión sea reliquidada, con la inclusión del nuevo **factor salarial**, denominado **bonificación**, que no se tuvo en cuenta al momento de su reconocimiento y que fue devengado en el año anterior al retiro del servicio, **sobre el cual realizó aportes al Magisterio**, pues al ostentar la calidad de docente, en virtud de lo establecido por la Ley 91 de 1989, le resulta aplicable en su integridad lo consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985, en cuanto edad, tiempo

y monto para acceder a la pensión, así como los factores salariales referenciados en este régimen, sin que ello implique la taxatividad de los mismos, por que como ya se mencionó en precedencia, se deben tener en cuenta los factores salariales legales percibidos de manera habitual y periódica y sobre los cuales hubiese efectuado aportes o cotizaciones.

*Por lo tanto, se ordenará a la entidad demandada, como restablecimiento del derecho efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, el factor certificado y devengado, tal como lo es la **bonificación**, en forma proporcional, a partir del **12 de enero de 2016**, con los respectivos reajustes a que haya lugar de acuerdo a la Ley.*

*Igualmente una vez efectuada la liquidación, deberá hacerse los reajustes pensiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, **sobre las diferencias de las mesadas pagadas y efectivamente canceladas** que resulten de la nueva liquidación.*

De otra parte, como quiera que en este caso solo se ordenó incluir un nuevo factor salarial, sobre el cual ya se realizaron los descuentos por aportes para FOMAG, se considera que por sustracción de materia, no resulta procedente ordenar descuesto alguno, y por ende, no es viable hacer el pronunciamiento pretendido en la pretensión 4 de la demanda.

5 . Prescripción.

Por regla general, se tiene que la pensión de jubilación, vejez, gracia o invalidez son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio, sin embargo opera la prescripción respecto a las mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, aplicable al caso, cuyo texto es el siguiente:

“(…)

Artículo 102.- Prescripción de acciones.

“1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

(...)”.

*Luego entonces como quiera que el retiro de la demandante se hizo efectivo a partir del **12 de enero de 2016**¹⁰, y presentó la demanda el día **14 de abril de 2016**, el Despacho encuentra que no hay lugar a la prescripción trienal respecto a dichos pagos por reajuste pensional.*

Finalmente, al total de los valores que se debían pagar y no fueron oportunamente pagados, se les reajustara su valor, según el artículo 192 del C.P.A.C.A y según la formula establecida por el H. Consejo de Estado – Sección Tercera y aplicada por la Sección Segunda de la alta Corporación y por este Juzgado, a saber :

$$R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por el guarismo que resulta de dividir el Índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

6. Cumplimiento de sentencia e Intereses.

La entidad demandada deberá dar cumplimiento de esta sentencia dentro del término y condiciones de los artículos 187, inciso 4º, 192 y 195 del CPACA.

¹⁰ Al día siguiente en que fue retirada del servivoc

7. Costas.

Sobre la condena en costas y agencias de derecho, el Despacho considera que, de acuerdo a la evaluación realizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, en el presente caso resulta improcedente, en razón a que no se evidenció su causación ni comprobación dentro la actuación surtida en este proceso que amerite la imposición de la misma.

*En mérito de lo expuesto, **JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,*

FALLA

PRIMERO.- DECRETAR la nulidad parcial de la Resolución N° 00786 del 2 de mayo de 2017 y del acto ficto derivado del silencio administrativo respecto al recurso de reposición interpuesto el 19 de mayo de 2017, mediante los cuales la entidad demandada negó el reajuste de la pensión de jubilación a la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, identificada con la cédula de ciudadanía No 20.530.053.

SEGUNDO CONDENAR, a título de restablecimiento del derecho, a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora **WALDINA VARELA DE ROMERO**, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, el certificado y devengado, sobre el cual se realizó aportes, tal como lo es, **la Bonificación**, en forma proporcional, a partir del **12 de enero de 2016**, con los respectivos reajustes a que haya lugar de acuerdo a la Ley, al igual que los correspondientes sobre las diferencias liquidadas y efectivamente canceladas.

Las sumas que arrojen las respectivas reliquidación y/o reajustes deber ser reajustadas y actualizadas en la forma indicada en la parte motiva aplicando para tal fin las formula allí consignada.

TERCERO.- DENEGAR la inclusión de los demás factores salariales.

CUARTO.- NO CONDENAR en costas ni imponer agencias en derecho a la parte demandada.

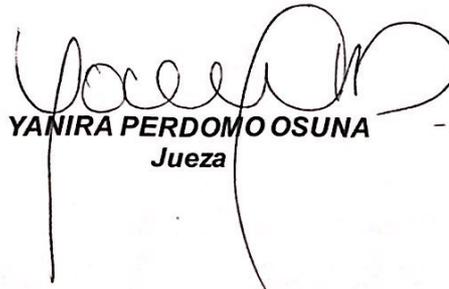
QUINTO.- NOTIFICAR la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- ORDENAR el cumplimiento de esta sentencia dentro del término y condiciones de los artículos 187, inciso 4, 192 y 195 del CPACA..

SEPTIMO.- LIBRAR por Secretaría, para los fines previstos en el citado artículo 192 *ibídem*, las comunicaciones respectivas ante la entidad demandada y el Ministerio Público, enviando copia de la presente sentencia una vez en firme la misma.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría del Juzgado, procédase a **DEVOLVER** a la parte demandante el remanente de la suma consignada para gastos ordinarios del proceso si lo hubiese; **EXPEDIR** las copias respectivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código General del Proceso; **DEJAR** las constancias de rigor y; **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YANIRA PERDOMO OSUNA
Jueza