JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 Nº 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4º

Correo electrónico: *admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co*

Teléfono: 5553939, ext. 1016

Bogotá D.C., 30 de agosto de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2017-0208-00
Demandante:	BERTHA ALCIRA PEREZ DE MORENO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: *Reliquidación de pensión – Factores salariales aplicables - Régimen de la Ley 33 de 1985*

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones[1]**:** La señora Bertha Alcira Pérez de Moreno por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento

[1] Folio 11.

del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicita la nulidad de la Resolución Nº 001090 de 28 de febrero de 2008 expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Cundinamarca mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación a favor de la demandante[2].

Igualmente, solicita la aplicación de la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado C.P Víctor Hernando Alvarado Ardila con radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (01).

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada para incluya como base de liquidación de la pensión de jubilación , el promedio de todos los factores salariales devengados por las actora en el año anterior al status de pensionado, tales como: auxilio movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección y demás emolumentos dejados de cancelar.

Así mismo impetra se condene a la demandada a reconocerle y pagarle las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de las pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos por la pensionada desde la fecha de la adquisición del status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina.

Por ultimo pide se le reconozca, liquide y pague los intereses de mora sobre las sumas adeudadas.

2.2. Hechos relevantes[3]: La señoraBertha Alcira Pérez de Moreno, manifiesta que se desempeñó como docente y en tal virtud le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación, mediante la Resolución Nº 001090 de 28 de febrero de 2008, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Cundinamarca, debidamente delegado por las entidades demandadas, Nación, Ministerio de Educación y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En la aludida resolución se desprende que para reconocerle tal prestación a la demandante, la entidad tuvo como normas aplicables la Ley 6 de 1945, Ley 33 de

2 Folio 30
3 Folio 12-13

Así mismo, la mesada pensional le fue reconocida en un 75% del promedio de factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

Afirma la accionante que en la resolución mencionada, la entidad demandada no le incluyó los factores salariales que devengo conforme al año base de liquidación, violando con ello los derechos adquiridos.

Señala que la decisión adoptada por el Fondo Nacional de Prestaciones, plasmada en el acto administrativo demandado se basó en lo determinado en el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, reglamentado por el artículo 81 parcial de la Ley 812 de 2003, y 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989.

Precisó la actora, que ingresó al servicio público de Educación antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, por lo tanto en su criterio se les deben aplican las normas vigentes que regulaban el tema antes de la fecha de su expedición como son Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y Ley 4 de 1966.

Expresó que la entidad al momento del reconocimiento aplicó normas que se encontraban derogadas como fue el artículo 3º del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003.

Por último expresó que antes de la adquisición del status de pensionada percibió como factores salariales los siguientes: Prima de Navidad y Prima de Vacaciones.

De las pruebas que obran en el plenario, específicamente el certificado de factores salariales se observa que la demandante en el año anterior a la adquisición del status de pensionada devengó únicamente prima de navidad y prima de vacaciones.

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 23 de junio de 2017[4], siendo inicialmente inadmitida mediante auto de 30 de agosto de 2017[5] para que la parte demandante la subsanara en los aspectos allí señalados, el cual lo hizo mediante memorial de 13 de septiembre de 2017[6].

---

4 Fl. 25
5 Fl. 27.
6 Fls. 30-31

Posteriormente, el Despacho a través de providencia de 5 de octubre de 2017[7], admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 6 de octubre de 2017[8], fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada pese a haber sido notificada de la demanda no contestó la misma, tal como se desprende del informe secretarial que milita a folio 48 del expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 12 de julio de 2019[9], el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el día 23 de julio de 2019 a las 11:00 a.m.

En la prementada diligencia[10] se surtió cada una de las etapas contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y en la etapa de decreto de pruebas, el Despacho ordenó al Fomag, que aportara el expediente administrativo, en especial el certificado de factores salariales que devengó la actora en el periodo comprendido entre el 17 de agosto de 2006 al 17 de agosto de 2007, es decir, el año anterior a la adquisición del status de pensionada; para tal efecto se fijó fecha para audiencia de pruebas el día 22 de agosto de 2019.

Finalmente, se celebró audiencia de incorporación de pruebas[11] en el día y hora señalados, sin embargo, la prueba documental no fue aportada en el expediente, y sin más pruebas que incorporan previo traslado a las partes para que alegaran de conclusión el Despacho procedió a dictar el sentido del fallo, dentro del cual manifestó que se debía despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada: Como se estableció en el trámite procesal, el extremo pasivo de la Litis de la referencia a pesar de haber sido notificada, no contestó la demanda.

---

7 Fl. 39
8 Fl.40
9 Fl. 50
10 Fl. 58-61
11 Fl. 83-85

2.5. Alegatos de conclusión

2.5.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 22 de agosto de 2019[12], los cuales quedaron consignados en el CD que milita dentro del expediente.

En la citada audiencia indicó que se ratificaba en todos los hechos y pretensiones de la demanda y solicitó se accedieran a las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio.

2.5.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 22 de agosto de 2019, los cuales quedaron consignados en el CD que funge dentro del expediente[13].

Señaló que se dé aplicación a la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019, en donde se estableció que los docentes vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003, se encuentra sometidos al régimen de pensión ordinaria que se contempla en la Ley 33 de 1985 la cual remite a la Ley 62 de 1985, en cuyo artículo 1º señala taxativamente cuales son los factores que se deben tener en cuenta al momento de calcular el IBL de la pensión de jubilación de los docentes oficiales; en resumen, solicita del Despacho se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda, por no probar que devengó los factores señalados en dicha ley.

Finalmente, indicó que los factores reconocidos a la actora en su pensión de jubilación tales como asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones no se encuentran enlistados en la ley 62 de 1985, como tampoco obra prueba documental que señale que devengó otros factores salariales.

2.5.3 Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

12 Fl. 83-85
13 Fl. 86

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico: Consiste en determinar si la señora Bertha Alcira Pérez de Moreno tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación docente, teniendo en cuenta los factores salariales devengados el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El régimen pensional docente, ii) La sentencia de Unificación de abril 25 de 2019 sobre los factores a considerar al momento de liquidar la pensión y, iii) Caso concreto.

3.2. Régimen pensional docente: El H. Consejo de Estado, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que si bien el Decreto 2277 de 1979 señala que los docentes son administrados por un régimen especial en lo que se refiere a la administración de personal, a los temas salariales y prestacionales, ello no acompasa lo atinente a la pensión de jubilación, dado que a estos se les aplica las mismas normas y requisitos que para el resto de los empleados públicos, salvo lo atinente al sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993, que no les aplica.

En virtud del proceso de nacionalización la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales, la precitada ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente:

> ***"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: Ver art. 6, Ley 60 de 1993.*
>
> *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.* ***Ver Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil***
> *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. (Subrayado fuera de texto)

2.- Pensiones:
Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 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 está a cargo total o parcial de la Nación. ***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****.*

A. *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.* ***Ver Artículo 211*** *Ley 115 1994* ***Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.***

B.

Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

"Artículo 18º.- Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo.

Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".

Parágrafo 1º.- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.*

> ***Parágrafo 2º.***- *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.* Radicación 479 de 1992. ***Sala de Consulta y Servicio Civil.***

De lo anterior se deprende que 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 o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión; y que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, dicha ley señala:

> *"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1º. 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 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...".*

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al siguiente tenor:

> *"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 exceptúan 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.*
> *(...)".*

Luego la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

> *"ARTÍCULO 115. 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. 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".*

A su vez el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece el nuevo Régimen prestacional de los docentes oficiales señalando:

> ***"Artículo 81.*** *Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. 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."*

Igualmente, el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que:

> *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones". (Subrayado fuera del texto original)*

Cabe resaltar que, para la época en que se expidió la Ley 91 de 1989, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable a la demandante, por remisión de la Ley 91 de 1989, debido a que la señora **Bertha Alcira Pérez de Moreno** fue

nombrada como docente el **30 de julio de 1973**[14], es decir, con antelación al 31 de diciembre de 1989, por lo tanto le es aplicable la Ley 33 de 1985, por ser esta la que cobija a los empleados del sector público sin distinción alguna.

Ahora bien, la predicha Ley dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, norma esta que fue modificada por la Ley 62 la cual en su artículo 1° señala:

> ***Artículo 1°.*** *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.*
>
> *"(...) valga anotarlo, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en caso de no haberse cotizado sobre factores que deban ser tenido en cuenta, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.*
>
> *Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera cotizado, se ordene realizar los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."*

14 Tal como se desprender del cuerpo de la Resolución que reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación fol. 8

Es pertinente aclarar, que respecto del Ingreso Base de Liquidación previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, este no es posible aplicar a los docentes por dos razones:

- La primera por cuanto este es aplicable a aquellos servidores que pertenezcan al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y

- En segundo lugar debido a que fue la misma Ley, la que excluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 de la aplicación del Sistema Integral de seguridad Social.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento[15] manifestó:

> *"En esa medida y frente al punto materia de debate, advierte la Sala que la interpretación que hace la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 en relación con el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es aplicable en casos como el presente, pues como queda dicho, los docentes –valga decir, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989– no están regidos por el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993.*
>
> *En consecuencia, al tener como norma aplicable la Ley 33 de 1985, para efectos de establecer el IBL para la liquidación de la pensión del actor, docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe acogerse el precedente de unificación de la Sala Plena de Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 20108, que precisamente interpretó la Ley 33 de 1985.*
>
> *Esa jurisprudencia, que tiene plena vigencia, dejó establecido que los factores salariales descritos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, que comportan la base de liquidación pensional, lo están por vía enunciativa y no taxativa, por eso se indicó en forma clara la posibilidad de incluir "**todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse**".*
>
> *En sentencia del 17 de febrero de 2011 la Sección Segunda, al estudiar un caso de la pensión de jubilación de un docente, que presenta similares contornos al presente asunto, no solo se señaló que esa prestación pensional debía reconocerse en los términos de la Ley 33 de 1985, sino que procedía aplicar el criterio establecido en el fallo de unificación del 4 de agosto del mismo año."*

15 Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Sentencia de Tutela de diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018).

En similar sentido, en reciente jurisprudencia la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado16 al estudiar la reliquidación de pensión de un docente, sostuvo:

"A partir del análisis de las pruebas referidas, la Sala concluye 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 nacional (18 de agosto de 1976), lo que permite establecer que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985 con sus respectivas modificaciones. "Igualmente, que en la resolución de reconocimiento para la liquidación, sólo se tuvo en cuenta la asignación básica y la prima de alimentación y se aplicó el 75%, lo cual no resultaba acertado, pues conforme al referido formato, el demandante durante el último año de servicios también devengó las primas de navidad y de vacaciones, por lo que resulta propicio reliquidar la prestación como lo concluyó el a quo.

"Lo anterior, obedeciendo la pauta jurisprudencial sentada por esta Corporación de atar la pensión al salario, pues es válido tener en cuenta todos los factores que lo constituyen, es decir aquellas sumas que percibe el empleado de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé y si no han sido objeto de descuento por aportes pensionales, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social deberá realizar las deducciones pertinentes."

Los anteriores argumentos se aplican a todos los servidores públicos, incluyendo a los docentes nacionales y nacionalizados, en vía de interpretación de las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988, 91 de 1989, 100 de 1993, 707 de 2003 y ley 812 de 2003.

3.3. Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-20198 del 25 de abril de 2019[17], varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esta jurisdicción como también la postura que había adoptado este Despacho, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados por el docente durante el último año de servicio.

16 Sentencia de 6 de abril de 2017, radicado No. 66001233300020140047601 (0674-2016), CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Demandante: Jaime de Jesús Pulido Vargas. Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01

Señaló la alta Corporación que debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la sub regla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

Expresó que en dicha sentencia de unificación la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, en un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto 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 tomar en consideración 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, la cual se transcribe in extenso:

3.3.1. Pensión Ordinaria de Jubilación de los Servidores Públicos del orden Nacional previsto en la ley 33 de 1985:

"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.

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.

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.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, ***están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993*** *que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón,* ***tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993*** *que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (Negrillas del despacho)*

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 período 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.*

3.3.2 Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

"68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años[18]. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones".

Para aclarar el Régimen Pensional de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, el Tribunal rector realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

<table>
<tr><th colspan="4">RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005</th></tr>
<tr><th colspan="2">Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985</th><th colspan="2">Régimen pensional de prima media</th></tr>
<tr><td colspan="2">Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.</td><td colspan="2">Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.</td></tr>
<tr><th colspan="2">Normativa aplicable</th><th colspan="2">Normativa aplicable</th></tr>
<tr><td colspan="2">• Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989
• Ley 33 de 1985
• Ley 62 de 1985</td><td colspan="2">• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003
• Ley 100 de 1993
• Ley 797 de 2003
• Decreto 1158 de 1994</td></tr>
<tr><th colspan="2">Requisitos</th><th colspan="2">Requisitos</th></tr>
<tr><td colspan="2">✓ Edad: 55 años (H/M)
✓ Tiempo de servicios: 20 años</td><td colspan="2">✓ Edad: 57 años (H/M)
✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003</td></tr>
<tr><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th><th colspan="2">Tasa de remplazo - Monto</th></tr>
<tr><td colspan="2"><u>75%</u></td><td colspan="2"><u>65% - 85%</u>[19]
(Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).</td></tr>
<tr><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th><th colspan="2">Ingreso Base de Liquidación – IBL</th></tr>
<tr><th>Periodo</th><th>Factores</th><th>Periodo</th><th>Factores</th></tr>
<tr><td>Último año de servicio docente

(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</td><td>▪ asignación básica
▪ gastos de representación
▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
▪ dominicales y feriados
▪ horas extras</td><td>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión

(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</td><td>▪ asignación básica mensual
▪ gastos de representación
▪ prima técnica, cuando sea factor de salario
▪ primas de antigüedad, ascensional de</td></tr>
</table>

18 4 La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.
19 Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio **(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)**		capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna **(Decreto 1158 de 1994)**
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes: De todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

> *"De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la* ***fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial*** *de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*
>
> ***a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 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.***
>
> ***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el***

Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones".

3.3 Carga probatoria: Tal como lo indicio el Consejo de Estado[20] la carga de la prueba es*: "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos". Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.*

Ahora bien es función de la jueza como controladora del proceso evaluar, si las cargas procesales asignadas a las partes litis son razonables y proporcionadas; en efecto, el proceso como mecanismo a través del cual se materializan los derechos de acceso a la administración de justicia, igualdad, celeridad y eficacia, inexorablemente conlleva a la existencia de obligaciones tanto procesales como sustanciales, que la ley puede distribuir equitativamente entre las partes litis, juez o terceros, dentro de las actuaciones procesales, con miras a la efectividad del órgano judicial y a la adecuada impartición de justicia.

Cabe destacar que la Corte Constitucional[21], en reiteradas jurisprudencias, ha señalado la diferencia entre deberes, obligaciones y cargas procesales, en los siguientes términos:

> *"Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque*

20 veinticuatro (24) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00297-01(17760), Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ
21 Corte Constitucional, Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-662 de 2004, C-275 de 2006, C-227 de 2009 y C-279 de 2013, entre otras.

emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.

Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. "El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas". ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", número 130).

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa". (Subrayas del despacho).

Por su lado, el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable a esta jurisdicción por virtud de la remisión que consagra el artículo 267 de la Ley 1437 de 2011, señala como manifestación del principio dispositivo de la carga de la prueba lo siguiente:

ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable

para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Al respecto el Consejo de Estado[22], frente al principio de la carga de la prueba ha señalado que esta *impone a los demandantes el deber de acreditar los hechos que sirven de soporte a las pretensiones de la demanda; para cumplir con ese cometido, se faculta a los accionantes para que puedan, en su oportunidad, allegar al plenario todas las pruebas a su disposición y también todas las demás que puedan obtener en ejercicio del derecho de petición."*

Corolario a lo señalado en precedencia, se puede establecer que las cargas procesales están reconocidas como un deber de colaboración con la administración de justicia, en tanto, que con ellas se logra esclarecer dudas dentro de los procesos judiciales que conlleve a la adecuada consecución de los conflictos.

3.4. El caso concreto:

En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución Nº 001090 de 28 de febrero del 2008 a través de la cual la Secretaría de Educación Departamental de Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, y frente a la cual, se estableció en su parte resolutiva (artículo tercero) que únicamente procedía el recurso de reposición y al no ser obligatorio, se acudió directamente a la jurisdicción a demandar el citado acto administrativo.

Como restablecimiento del derecho solicitó del Despacho se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales a que por ley tiene derecho, tales como: **Auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección,** y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto.

---

22 Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A - Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez - Bogotá D.C., Siete (7) De Marzo De Dos Mil Doce (2012). - Radicación Número: 11001-03-26-000-2001-00073-01(22057)

Pues bien, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

- La señora BERTHA ALCIRA PÉREZ DE MORENO nació el 17 de agosto de 1952 y cumplió 55 años de edad el 17 de agosto de 2007[23].

- La demandante prestó sus servicios como docente desde el 30 de julio de 1973 hasta el 17 de agosto de 2007.

- Según la Resolución No. 001090 de 28 de febrero del 2008, adquirió su status de pensionada el 17 de agosto de 2007, para dicha calenda la demandante se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la fecha contaba con 34 años y 17 días de servicios[24].

- Que su vinculación al servicio docente fue en calidad de Nacionalizada[25], hasta el 17 de agosto de 2007, lo cual se desprende de la Resolución No. 001090 de 28 de febrero de 2008.

- La pensión le fue reconocida teniendo como factores salariales el promedio de la asignación básica, la prima de vacaciones y prima de navidad devengada en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada[26].

- Que su reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de $1.671.449, efectiva a partir del 18 de agosto de 2007, para lo cual se le aplicó, entre otras, la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003 y el Decreto 2341 de 2003, el Decreto 1158 de 1994, el Decreto 3752 de 2003 y por último el acto legislativo No. 1 de 2005; es decir, el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente en el último año de servicio anterior al status y así lo señala la mencionada resolución del reconocimiento pensional[27] y al momento de su expedición contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad y 34 años y 17 días de servicio.

23 Así se señala en el cuerpo de la Resolución No. 001090 del 28 de febrero de 2006, Fl. 8 y 9
24 Ídem 23
25 Ídem 23
26 Fl. 8-9
27 Fl. 8-9

- Se logró demostrar que la señora BERTHA ALCIRA PÉREZ DE MORENO prestó sus servicios de manera continua desde el 30 de julio de 1973[28] y devengó durante el último año de servicios (2006-2007) anterior a la fecha de adquisición del status de pensionada los siguientes factores salariales[29]:

Factores salariales	**Desde: 01/01/2006 Hasta: 31/12/2006**	**Desde: 01/01/2007 Hasta: 30/12/2007**
Asignación básica (sueldo)	$1.938.290.00	$2.025.514.00
Prima de navidad	$2.019.052.00	$2.109.910.00
Prima de vacaciones	$969.145.00	$1.012.757.00
TOTAL $	**$4.926.487**	**$5.148.181.00**

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculada la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen del que es beneficiaria la demandante es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, los cuales la actora cumplió a cabalidad[30], por lo tanto, tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes, los que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa, que lo pretendido por la actora en la presente demanda es que se reliquide su pensión con inclusión de la totalidad de los factores salariales **devengados** en el año anterior a la adquisición al status de pensionada, en este asunto, la inclusión de : **auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección;** sin embargo, dentro del expediente no obra certificado alguno en la cual se acredite que la actora los devengó, pues tan solo el que funge en el expediente (fl.7), certifica que devengó además de la asignación básica **la prima de navidad y la prima de vacaciones docente**.

Ahora bien, sería del caso entrar a analizar si los factores salariales solicitados en la demanda deben ser incluidos en su reconocimiento pensional atendiendo la nueva pauta jurisprudencial indicada por nuestro Órgano de cierre; teniendo en cuenta lo anterior, es forzoso hacer el análisis y comparación de dichos factores con los

28 Fl. 8-9
29 Ver formato Único para la expedición de certificado de Salarios Consecutivo No. 2016197659 expedido por la Gobernación de Cundinamarca, folio 7.
30 Fl. 8-9

contemplados en la normatividad, toda vez, que del certificado de factores salariales se observa que le fue reconocido solo la prima de navidad y prima de vacaciones, para mayor ilustración el Despacho se permite reseñarlo en el siguiente cuadro:

FACTORES SALARIALES	
Solicitados en la demanda[31]	**certificado de factores**[32]
auxilio movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección	Prima de navidad, Prima de vacaciones

Es preciso indicar que si bien, la parte actora también solicitó se le reliquidara su pensión con la inclusión de los factores salariales de prima de navidad y la prima de vacaciones (ver numeral 9 de las pretensiones) estos fueron válidamente reconocidos y tenidos en cuenta para su pensión, tal como se desprende de la Resolución No. 001090 de 28 de febrero de 2008.

Ahora bien, con respecto a los demás factores solicitados en el libelo demandatorio, esto es, **auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, vacaciones, sobresueldo por dirección**, es forzoso hacer un análisis de los mismos, como ya se señaló ut supra, toda vez que en el plenario no obra prueba siquiera sumaria que la demandante los devengó, aunado al hecho que esta prueba fue solicitada en audiencia inicial, tal como se desprende del acta levantada de la audiencia que funge a folio 83-85 del expediente.

En síntesis, el Despacho considera que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, ya que la prueba decretada en audiencia inicial era indispensable para tomar una decisión de fondo, en razón, a que serviría de base para determinar si efectivamente la demandante devengó los factores que solicita le sean tenidos en cuenta para la reliquidación de su pensión de jubilación y que además hubiere cotizado sobre estos.

Además que como se señaló en precedencia, la carga de aportar dicha prueba recaía en manos de la interesada, es decir, la demandante, siendo este un deber legal, tal

31 Fl. 11
32 Fl. 7

como lo establece el numeral 10 del artículo 78 del C.G.P, que *ad litteraem* reza: *"Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir",* que es aplicable a esta jurisdicción por remisión que del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, en caso de haber existido prueba alguna que indicara otros factores salariales devengados por la parte actora, el Juzgado se debe ceñirse a la nueva pauta indicada en la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado de fecha de 25 de abril de 2019, es decir, a los factores que se encuentre enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985[33].

Por lo tanto **NO** resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión de que goza la accionante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, al tiempo de servicio, y la tasa de reemplazo, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo tanto no se puede incluir ningún factor de los enlistados en el mencionado artículo, de tal suerte que con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, solo se deberán tener en cuenta los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo ibídem y el 48 constitucional; sin embargo, la demandante **NO** acreditó haberlos devengado.

Conclusión: En este orden de ideas, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda, buscan la nulidad del acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante y que la petición de restablecimiento del derecho está encaminada a que se tuviese en cuenta todos los factores **devengados** por ella en su último año anterior a la adquisición del status de pensionada, **se negará** en consideración a que la actora **NO** probó haber cotizado efectivamente los factores salariales que estima se le tengan en cuenta para la reliquidación de su pensión, como también se negarán las pretensiones teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985

33 a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) Las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación. d) dominicales y feriados; e) horas extras, f) La bonificación por servicios prestados g) Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna en día de descanso obligatorio

en cuanto a la edad y al tiempo de servicio y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración aquellos enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara.

3.4. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018[34], tenemos que:

> *" **a)** El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a un "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 en el 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 la parte vencida sea 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 estas*
>
> ***f)** La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
>
> ***g)** Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."*

---

34 Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de una pensionada que fue vencida en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de que factores debían tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, que se presenta después de la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, esta célula judicial se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÌA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZA

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL

CIRCUITO DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

MAM

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **4 de septiembre de 2019** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 4 SEP- 2019 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria