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., diecinueve (19) de diciembre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0331-00
Demandante:	LUZ MARINA HERRERA RIVERA
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 corresponde, 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 LUZ MARINA HERRERA RIVERA por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Educación

1 Fls. 12-26

Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicita la nulidad parcial de la Resolución Nº 5041 de 17 de agosto de 2012 suscrita por la Secretaría de Educación y Cultura de Bogotá D.C., en cuanto le reconoció la pensión de jubilación a la demandante y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al cumplimiento del status de pensionada.

Solicitó declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 6 de octubre de 2011, equivalente al 75 % del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Además, solicita a título de restablecimiento del derecho que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 5041 de 17 de agosto de 2012, e igualmente que se ordene a la entidad demandada a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena esta y la Constitución Política de Colombia.

Adicionalmente, solicita del Despacho que se ordene al extremo pasivo de esta litis, al respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de pensionado y que el pago del incremento decretado se continúe realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Se ordene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 177 del C.P.A.C.A, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor; adicionalmente, solicita el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

Finalmente, requiere del Despacho que condene en costas a la parte demandada, teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial y

que de las sumas que resultaren a favor de la demandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada.

2.2. Hechos[2]: Tal como quedaron expuestos al momento de la fijación del litigio los hechos son los siguientes:

2.2.1 La Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C., actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución Nº 5041 de 17 de agosto de 2012[3], le reconoció a la señora **LUZ MARINA HERRERA RIVERA** , la pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 7 de octubre de 2011.

2.2.2 Para liquidarle la pensión a la parte demandante, la entidad accionada tuvo cuenta el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la demandante durante el año anterior al cumplimiento del status pensional y le incluyó como factor salarial la asignación básica, omitiendo incluir la prima de servicios y demás factores salariales.

2.2.3 Del acto administrativo de reconocimiento de la pensión, se extrae que la parte demandante nació el 6 de octubre de 1956 y que adquirió el status de pensionada el día 6 de octubre de 2011.

2.2.4 Se desprende de la anterior resolución que su pensión le fue reconocida por un valor de $ 2.270.551 pesos a partir del 7 de octubre de 2011.

2.2.5 Del certificado de factores salariales devengados por la actora en el año anterior al status de pensionada, esto es durante el año 2010, se observa que la misma cotizó sueldo, sobresueldo, prima especial, prima de vacaciones docentes y prima de navidad.

2.3 Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Ley 91 de 1989, artículo 15; Ley 33 de 1985, artículo 1º; Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

---

2 Fl. 14.
3 Fls. 5-7.

Señaló como **concepto de violación** que de la lectura de la Ley 33 de 1985, no instituye de manera taxativa cuales factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, de manera general expresa que la pensión mensual vitalicia de jubilación se pagará sobre el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; no obstante no estar definidos los factores salariales, tal circunstancia, no impide que se incluyan todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

Así mismo, referenció la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 6 de abril de 2011, M.P Luis Rafael Vergara Quintero, indicando que esta sentencia busca efectivizar en mejor medida los derechos y las garantías laborales de los trabajadores. Adicionalmente, señala que teniendo en cuenta la jurisprudencia del órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo al momento de liquidar la pensión de jubilación, tanto la prima de vacaciones, como la prima de navidad y demás factores salariales percibidos por el trabajador, deben ser tomadas en cuenta, para determinar la base de liquidación pensional.

Finalmente, expone que el acto demandado no se ajusta a derecho, puesto que en la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045 de 1978, el cual se debe tener en cuenta al momento de liquidar, tanto las cesantías como las pensiones de los empleados públicos.

2.4. Actuación procesal: Tal como se expresó en la etapa de saneamiento del proceso, la demanda se presentó el 17 de agosto de 2018[4], siendo inicialmente admitida mediante auto de 4 de octubre de 2018[5] por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 18 de diciembre de 2018 fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[6].

La parte demandada pese a haber sido notificada de la demanda no contestó la misma.

---

4 Fl. 28.
5 Fl. 44
6 Fls. 79-82.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 18 de octubre de 2019[7], el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial y en la citada diligencia se surtieron cada una de las etapas contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. Así, 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 debían negar las pretensiones de la demanda, en consideración a que debe acatarse lo indicado en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del H. Consejo de Estado de 25 de abril de 2019; esto es, negar la reliquidación del monto de la prestación reconocida toda vez que los factores solicitados por la parte actora no se encuentran enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985.

2.5. SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1 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.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos en audiencia inicial llevada a cabo el día 7 de noviembre de 2019[8], los cuales quedaron consignados en el CD visible a folio 105 del expediente.

En la citada diligencia indicó que se ratificaba en todos los hechos y pretensiones de la demanda y solicitó se accediera a estas toda vez que de conformidad con la pauta jurisprudencial por ella señalada, la demandante tiene derecho a que su pensión se le reliquide con todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

2.6.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos en audiencia inicial llevada a cabo el día 7 de noviembre de 2019, los cuales quedaron consignados en el CD visible a folio 105 del expediente.

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

7 Fl. 92.
8 Fl. 102.

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.

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

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en los artículos 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 el acto administrativo contenido en la Resolución No. 5041 de 17 de agosto de 2012 por medio del cual la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación a la parte demandante, se encuentra viciado por alguna causal de nulidad.

Resuelto lo anterior, se debe establecer si la señora **LUZ MARINA HERRERA RIVERA** , en su calidad de docente oficial del Magisterio tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio de todos los factores salariales efectivamente cotizados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, esto es, del 6 de octubre de 2010 al 6 de octubre de 2011.

Y en tercer lugar se debe determinar si tiene derecho al pago de las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos por la pensionada desde la fecha de adquisición del status hasta que se verifique la inclusión en la nómina y los intereses por mora sobre las sumas adeudadas.

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.

4. Normatividad aplicable al caso

4.2. 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 15°.-** 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 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:*
> *(...)*
>
> ***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 18°.- 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 19°.- 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 1°.-** 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 2°.-** 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 desprende que 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 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. Sobre el particular la ley señala expresamente que:

(...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° 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, bajo el siguiente tenor literal:

> *"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 conocida como ley General de Educación, confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985 de la siguiente manera:

> *"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".*

Con posterioridad, en virtud de la Ley 812 de 2003 se establece un cambio en el Régimen prestacional de los docentes oficiales, indicando dicha norma en su artículo 81 que a los docentes oficiales vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, le serán otorgados los derechos pensionales establecidos dentro del Régimen de Prima Media de qué trata la ley 100 de 1993. Reza la norma:

> ***"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."

En el mismo sentido, el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, indica 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)

De acuerdo con lo anterior, frente a los hechos narrados cabe resaltar que la Ley 33 de 1985 es aplicable a la demandante, debido a que la señora **LUZ MARINA HERRERA RIVERA** fue nombrada como docente el **8 de febrero de 1996**[9], en concordancia con los hechos aceptados por las partes y con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Ahora bien, la citada 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*

9 Tal como se desprender del cuerpo de la Resolución que reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación que obra a folios 5-6 del expediente.

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."

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, al no regirse estos por el régimen general de pensiones.

- 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[10] 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

10 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).

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.

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.

De otra parte es menester aclarar que en el presente asunto la controversia no radica en el reconocimiento pensional, en el análisis del IBL o la aplicación de algún régimen de transición, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida; siendo así, es necesario acudir a la nueva regla jurisprudencial del Consejo de Estado que interpreta cuáles son los factores que se deben tener como base 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.

4.3. Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado. La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-20198 del 25 de abril de 2019[11], 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.

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

11 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

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:

"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.*

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[12]. 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".

12 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.

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 2° 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 9° 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>[13]
(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 rowspan="2">Último año de servicio docente

(literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° 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
▪ bonificación por servicios prestados
▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio
(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</td><td rowspan="2">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 rowspan="2">▪ asignación básica mensual
▪ gastos de representación
▪ prima técnica, cuando sea factor de salario
▪ primas de antigüedad, ascensional de 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</td></tr>
<tr><td>De acuerdo con el artículo 8° 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.</td></tr>
</table>

13 Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

			(Decreto 1158 de 1994)

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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente*** *a los enlistados en el mencionado artículo.*
>
> *b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones".*

4.4. El caso concreto:

En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 5041 de 17 de agosto de 2012 a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho la demandante solicitó que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales cotizados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, aplicando el 75% del promedio de los salarios.[14]

Ahora bien, se puede determinar que en el caso de la señora **LUZ MARINA HERRERA RIVERA** la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, debe ser coherente, con la línea jurisprudencial esbozada, esto es, teniendo en cuenta lo devengado en el último año anterior a la adquisición del status de pensionada, acogiendo los factores enlistados taxativamente en la Ley 62 de 1985.

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

- La señora **LUZ MARINA HERRERA RIVERA** nació el 6 de octubre de 1956 y cumplió 55 años de edad el 6 de octubre de 2011[15].

- La demandante prestó sus servicios como docente desde el 8 de abril de 1988 hasta el 6 de octubre de 2011 tal como se puede observar en el recuadro realizado por la Secretaría de Educación de Bogotá al momento del reconocimiento pensional visible a folios 6 del expediente.

- Mediante Resolución No. 5041 de 17 de agosto de 2012, se le reconoció la pensión de jubilación a la demandante.

- La actora adquirió su status de pensionada el 6 de octubre de 2011, fecha en la cual se encontraba afiliada el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como se desprende de la resolución de reconocimiento pensional[16].

- La demandante laboró en calidad de docente de vinculación **DISTRITAL.**

- Su reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de $2.270.551, efectiva a partir del **7 de octubre de 2011**, para lo cual se le aplicó, entre otras, las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985, 962 de 2005, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 2831 de 2005; es decir, el 75% del promedio de los factores salariales

14 Fl. 13 del C.Ppal.
15 Así se señala en el cuerpo de la Resolución No. 5041 de 17 de agosto de 2012 visible a folios 5-7 del expediente.
16 Folio 5 a 7 del C. Ppal

sobre los cuales realizó aportes la docente en el último año de servicio anterior al status de pensionada y así lo señala la mencionada resolución del reconocimiento pensional.

- Se logró demostrar que los factores salariales que efectivamente cotizó la accionante en el último año anterior al status de pensionada, aparte de la asignación básica, fueron: sueldo, sobresueldo, prima especial, prima de navidad, prima de vacaciones.[17]

- Se evidencia que los factores que le fueron reconocidos en la Resolución de reconocimiento pensional aparte de la asignación básica fueron: sueldo, sobresueldo y prima de vacaciones.

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. 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.

Expuestas las consideraciones preliminares procede el despacho a resolver el caso concreto.

Pues bien, 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 cotizados en el año anterior a la adquisición al status de pensionada.

Una vez revisada la resolución de reconocimiento pensional y hecha la comparación respecto a los factores cotizados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada de la demandante, se evidencia que no fueron reconocidos todos los factores devengados en el último año de servicios.

Para mayor claridad, el Despacho se permite ilustrar la situación fáctica mencionada en el siguiente cuadro:

17 Fls. 86.

Factores reconocidos en la Resolución No. 5041 de 2012	**Factores cotizados último Año de servicios (certificado de factores aportado a folio 86)**
sueldo	sueldo
sobresueldo	sobresueldo
Prima de vacaciones	Prima de vacaciones
	Prima de navidad
	Prima Especial

Como se desprende del cuadro anterior, pese a que fueron efectivamente cotizadas las prima de navidad y especial por la demandante durante el último año anterior a la adquisición del status de pensionada, la misma no se tuvo en cuenta para su reconocimiento pensional.

Una vez expuesto lo anterior, y según la perspectiva jurisprudencial indicada, esta célula Judicial acoge lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, mediante la cual se desvirtúan de manera clara y precisa los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados por la actora, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues ya fueron considerados por la Alta Corporación, tal como quedó visto[18]. Por lo tanto, sería del caso entrar a analizar si el factor salarial no reconocido y solicitado en la demanda debe ser incluido y liquidado dentro de la prestación ya reconocida atendiendo la nueva pauta jurisprudencial indicada por nuestro órgano de cierre.

En ese orden de ideas, respecto de la **prima de navidad y la prima especial,** la mismas **no** serán reconocidas para efecto de incluirla como factor salarial objeto de reliquidación de su mesada pensional, habida cuenta que estas no se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985 como tampoco en el Decreto 1158 de 1994, por consiguiente no puede ser consideradas como factor integrante del IBL.

Conclusión: Este Despacho discurre que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda ya que los factores salariales que la demandante pretende incluir a efectos de la reliquidación de su mesada, no se encuentran en la lista de factores que la ley 62 de 1985 y del Decreto 1158 de 1994 que establece como aquellos que deben liquidarse y que según la Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado deben tomarse de forma taxativa.

18 Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de abril de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

4.5. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018[19], 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."*

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, se aprecia que nos encontramos frente al escenario de una pensionada a quien no se le debe reliquidar su mesada atendiendo a la interpretación sobre qué factores deben tenerse en cuenta para efectos de su reliquidación pensional, toda vez que acogiéndose a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado antes dilucidada, a la demandante no le asiste la razón. Sin embargo, debido al cambio jurisprudencial sobre el tema a resolver, el despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

---

19 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 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

JUEZ

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

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

_____

Secretaria

Hoy _____se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3°, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

_____

Secretaria

JLPG