



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aidée Anzola Linares CAN piso 4°

– Sede de los despachos judiciales,

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-00523-00
Demandante:	MARÍA CARMENZA NIETO OSPINA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: La señora **MARÍA CARMENZA NIETO OSPINA** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad de la Resolución N° 5801 del 5 de septiembre de 2014 por medio de la cual le fue reconocida la pensión de jubilación sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del status pensional.

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

Asimismo solicita que se tenga configurado el silencio administrativo y se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo en razón a que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no respondió la solicitud radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. el 6 de abril de 2017 referente a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se debe establecer si debe incluirse como base de liquidación de la prestación referida la totalidad de los factores devengados por la demandante en el año anterior al cumplimiento del status de pensionada.

2.2. Hechos:

2.2.1.- Afirma la señora María Carmenza Nieto Ospina que fue docente vinculada al servicio público de educación por espacio de 35 años y por tal razón consolidó su derecho a la pensión bajo las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

2.2.2.- Que, por haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación, a través de la Resolución N° 5801 del 5 de septiembre de 2014 se le reconoció y ordenó pagar pensión vitalicia de Jubilación, a partir del 24 de agosto de 2012.

Aduce que en el acto administrativo anterior no se incluyeron factores salariales tales como la prima de servicios, prima de antigüedad, bonificaciones, sobresueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

2.2.3.- Que presentó solicitud de reliquidación de su pensión mediante petición el 6 de abril de 2017 a efecto de que se le incluyeran todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del status pensional. La petición anterior no fue resuelta por la entidad.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Aduce la demandante que han sido vulnerados los artículos 2, 25, 53 y 58 Constitucionales y las Leyes 10 de 1993, 4ª de 1966, 91 de 1989 y los Decretos 1743 de 1966, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 2277 de 1979.

En su **concepto de violación**, estima que la negativa de la entidad a la aplicación de las normas de orden legal que considera infringidas es constitutiva de la violación a los artículos de la constitución mencionados.

Señala que la vulneración alegada es producto de la decisión de la entidad de liquidar las prestaciones sin tener en cuenta los factores, porcentajes y criterios establecidos en la misma, los cuales consideran que se encuentran en la Ley 33 de 1985 y demás leyes concordantes, por haberse vinculado al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, conforme al precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 10 de diciembre de 2018 tal como se puede constatar a folio 27 del expediente y a través de providencia de 8 de febrero de 2019 (fl. 29), se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 16 de julio de 2019 (fls. 32-40), fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 3 de julio de 2020², el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del CPACA en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020³, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1 Oposición a la demandada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

La entidad contestó la demanda mediante memorial visible a folios 41-45 del expediente, donde se opone a las pretensiones porque la reliquidación de la pensión ya fue unificada por el Consejo de Estado mediante sentencia dictada en el proceso 68001233300020150056901 del año 2019, en el que estableció que los factores salariales a incluir en la liquidación de la pensión son aquellos establecidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 para aquellos docentes vinculados antes la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y que por tanto les es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante: No presentó alegatos de conclusión.

2.6.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial aportado al correo electrónico del Juzgado, en los que expresó que ratificaba todos los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

Se opuso a las pretensiones porque la reliquidación de la pensión ya fue unificada por el Consejo de Estado mediante sentencia dictada en el proceso 68001233300020150056901 del año 2019, en el que estableció que los factores salariales a incluir en la liquidación de la pensión son aquellos establecidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 198 para aquellos docentes vinculados antes la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y que por tanto son aplicables las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

² Fls. 140-141.

³ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

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

3. CUESTIÓN PREVIA.

De conformidad con lo indicado en el auto del 3 de julio de 2020, de manera previa el Juzgado se pronuncia sobre las excepciones propuestas por las entidades demandadas, de la siguiente manera:

i) Excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

- Cobro de lo no debido.
- Prescripción.

ii) Excepciones propuestas Bogotá D.C. – Secretaría de Educación Distrital:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Legalidad de los actos acusados.
- Prescripción.

RESOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVIA.

La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Secretaria de Educación Distrital de Bogotá D.C., la fundamenta la entidad en que el reconocimiento, reliquidación y pago de las pensiones de los docentes le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG y no a la Secretaria de Educación de Bogotá D.C., quien solo interviene en la elaboración de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, conforme a la ley 962 de 2005, pero no en el pago.

Al respecto, el Juzgado considera: A través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, esto es, de los docentes, como las pensiones. Así se observa en el artículo 5 ibidem: “ARTÍCULO 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos: 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”. (Negrillas fuera de texto original) Adicionalmente, el artículo 9 de la Ley 91/89, precisó: “Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.”

En armonía con la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas

por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional. Posteriormente, se expidió el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual dispone que la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación.

Así, el artículo 2 señala: “Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

Por su parte, el artículo 3° del decreto en cita expresa: “Gestión. A cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá: **1.** Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo. **2.** Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente. **3.** Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo, **4.** Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley. **5.** Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con

la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)”.

De conformidad con las normas transcritas, las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como las pensiones, son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es al FONPREMAG a quien, a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, como las pensiones o su reliquidación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

Esta posición fue adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de febrero de 2013 (Exp. No. 25000-23-25-000-2010- 01073-01(1048-2012), C.P. Gerardo Arenas Monsalve), cuando expresó: “La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación social, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo”.

Por lo anterior se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Distrito Capital de Bogotá – Secretaria de Educación Distrital y se continúa el presente asunto contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por ser de su competencia, conforme lo expuesto.

RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA.

En cuanto a las excepciones de cobro de lo no debido y legalidad de los actos acusados, observa el Despacho que se trata de argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado, razón por la cual se resolverán más adelante con la

decisión de fondo a que haya lugar, lo mismo sucede con la excepción de prescripción una vez se determine si la demandante tiene derecho a lo solicitado.

4. 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.

4.1. Problema Jurídico a resolver o fijación del litigio, el cual consiste en determinar: Primeramente si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución N° 5801 del 5 de septiembre de 2014, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a favor de la señora **MARÍA CARMENZA NIETO OSPINA** sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, que se tenga configurado el silencio administrativo y se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo en razón a que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no respondió la solicitud radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. el 6 de abril de 2017 referente a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si la parte demandante tiene derecho a que la entidad accionada le incluya como base de liquidación de la prestación reconocida la totalidad de los factores devengados durante el año anterior al cumplimiento del status pensional, así como el reconocimiento y pago de las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de las mismas, y los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, aunado al valor de la indexación correspondiente.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **i)** Régimen pensional docente; **ii)** Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado; **iii)** Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes; **iv)** De los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales; **v)** Del cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales y **vi)** caso concreto.

5. Normatividad aplicable al caso.

5.1. 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 por disposición de la misma legislación.

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 15⁴ señala el régimen que se debe aplicar al personal docente.

De la predicha normatividad se desprende 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.

⁴ **“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 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 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 otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279⁵, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social. Así mismo, el artículo 115⁶ de la Ley 115 de 1994 confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985.

Con posterioridad a ello, 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 81⁷ que a los mencionados docentes que hayan sido 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.

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

“(…) 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).

Frente a los hechos narrados cabe resaltar que la Ley 33 de 1985 es aplicable a los demandantes en virtud de lo establecido por el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y por remisión normativa de la ley 812 de 2003, debido a que tanto la señora **MARÍA CARMENZA NIETO OSPINA** fue nombrada docente con antelación a la entrada en vigor de la última, norma citada, esto es, el 25 de noviembre de 1994.

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 1⁸.

⁵ “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.
(...)”.

⁶ “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”.

⁷ “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.”

⁸ 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

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 menester 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.

5.2. 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 2019⁹, varió el criterio que venía siendo adoptado 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 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.

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 anotar, 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.”

⁹ 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

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:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL			
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 Ley 33 de 1985 Ley 62 de 1985		Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 Ley 100 de 1993 Ley 797 de 2003 Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
Edad: 55 años (H/M) Tiempo de servicios: 20 años		Edad: 57 años (H/M) Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003	
Tasa de remplazo – Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85%¹⁰ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	• asignación básica • gastos de representación • primas de antigüedad técnica, ascensional y de capacitación • dominicales y feriados • horas extras • bonificación por servicios prestados • trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	• asignación básica mensual • gastos de representación • prima técnica, cuando sea factor de salario • primas de antigüedad ascensional y de capacitación cuando sea factor de salario • remuneración por trabajo dominical y festivo • bonificación por servicios prestados • remuneración por trabajo suplementario de horas extras, realizado en jornada nocturna
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de		

¹⁰ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	cotización sobre los factores enlistados.		(Decreto 1158 de 1994)
--	---	--	------------------------

5.3. 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 (...).

6. CASO CONCRETO:

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

1. Resolución No. 5801 del 5 de septiembre de 2014¹¹, a través de la cual fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación a la señora María Carmenza Nieto Ospina. El anterior acto administrativo fue notificado el 24 de noviembre de 2014¹².
2. Petición radicada el 6 de abril de 2017¹³ ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante la cual la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada.
3. Certificado de historia laboral y salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁴.

Conforme se evidencia de las pruebas aportadas, a la señora **MARÍA CARMENZA NIETO OSPINA** le fue reconocida Pensión de Jubilación mediante la Resolución N° 5801 del 5 de septiembre de 2014 (fls. 15-16). También se encuentra acreditado en el expediente que la demandante adquirió su estatus de pensionada el día 23 de agosto de 2012 (fl. 15).

¹¹ Fls. 15-16.

¹² Fl. 17.

¹³ Fls. 18-19.

¹⁴ Fls. 22-25.

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 es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, el cual 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.

En el presente proceso se observa que lo pretendido por la parte demandante es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Así las cosas, corresponde al despacho analizar si la actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los emolumentos laborales devengados en el año anterior al status de pensionada atendiendo a la nueva pauta jurisprudencial indicada por nuestro órgano de cierre.

Pues bien, de acuerdo con el certificado de salarios¹⁵ del periodo correspondiente al 23 de agosto de 2011 hasta el 23 de agosto de 2012 (último año al status), se observa que la señora **NIETO OSPINA** devengó los siguientes factores salariales: **suelo básico, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad**. Cabe resaltar que en el mismo certificado en la parte inferior se señala sobre qué factores cotizó la docente para seguridad social, entre los cuales encontramos el sueldo y la prima de vacaciones.

Ahora bien, al revisar con detenimiento la Resolución N° 5801 del 5 de septiembre de 2014, se observa que a la señora **NIETO OSPINA** se le liquidó la pensión de jubilación y entre los factores que fueron tenidos en cuenta para efecto del reconocimiento pensional se encuentran el **suelo** y la **prima de vacaciones**, por lo tanto a la actora no le asiste el derecho a que se le reliquide la prestación, debido a que los factores sobre los cuales cotizó para pensión en el año anterior al status de pensionada fueron tenidos en cuenta en su base de liquidación al momento de ordenar el reconocimiento de la prestación¹⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto, NO resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, como quiera que a la actora ya le fue efectivamente reconocida en la resolución de reconocimiento pensional, los dos factores salariales sobre los cuales cotizó para seguridad social.

Según la perspectiva expuesta, esta célula Judicial acoge la postura del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, en 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

¹⁵ Folio 22.

¹⁶ Tal como se puede observar en el formato único para expedición de certificado salarial visible a folio 22 del expediente, el cual en la parte inferior señala cuales fueron los factores sobre los cuales cotizó para seguridad social

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 visto¹⁷.

Por todo lo anterior se declararán probadas las excepciones de cobro de lo no debido y legalidad de los actos acusados propuestos por la parte demandada

Conclusión: En este orden de ideas se negarán las pretensiones de la demanda, 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 y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración sólo aquellos factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, junto con los factores ya reconocido a la demandante, en aplicación del principio de favorabilidad.

En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara.

7. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹⁸, de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de cuatro pensionados que fueron vencidos en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación sobre qué factores deben tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, la cual se presenta 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, se abstendrá de condenar en costas a las demandantes conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

¹⁷ 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.

¹⁸ “a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “objetivo” –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 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: Declarar probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C., Cobro de lo no debido y Legalidad de los actos acusados por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de presente providencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante en todos los procesos, por las razones indicadas en esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a los interesados 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.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

Hjdg

Firmado Por:

MARIA CECILIA
JUEZ
JUEZ - JUZGADO
DE LA CIUDAD DE

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 7 septiembre de 2020 a las 8:00 a.m. Así mismo se envió mensaje texto de la notificación de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de Ley 1437 de 2011. Secretaria
--

PIZARRO TOLEDO

016 ADMINISTRATIVO
BOGOTA, D.C.-

SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a10498e8coe8ao82f667fdfocdoe9b814140a9028af361e78c56830aa19f8819

Documento generado en 04/09/2020 10:26:50 a.m.