



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Nº INTERNO O-0870
RADICADO: 11001-3335-012-2013-00870-00
DEMANDANTE: ALICIA ZUÑIGA DE BERNAL
DEMANDADO NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

ACTA Nº 00172- 17
AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las dos y cincuenta de la tarde (2:50 P.M.), fecha y hora señalada el pasado 13 de junio de 2017. La suscrita Juez Doce (12) Administrativo de Oralidad de Bogotá, en asocio de su Secretario ad hoc constituyó en audiencia pública el recinto del Juzgado y la declaró abierta para tal fin.

VERIFICACIÓN DE ASISTENCIA:

DE LA PARTE DEMANDANTE

Apoderado: Dr. RICARDO JOSÉ ZÚÑIGA ROJAS, identificado con la C.C. 80.273.764 y la T.P. 170.665 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

DE LA PARTE DEMANDADA — SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITO CAPITAL.

Apoderado: Dr. JENIFER LÓPEZ IGLESIAS, identificado con C.C. No. 1022360598 y la T.P. 246167 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

EL APODERADO DEL MISMINISTERIO DE EDUCACIÓN NO COMPARECIÓ.

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se le concede la palabra a **los apoderados de las partes**, para que manifiesten si de lo actuado observan alguna irregularidad o vicio que afecte lo actuado.

En este momento el Despacho encuentra que en audiencia del pasado 13 de junio del año en curso se advirtió la pérdida del expediente y por ello se fijó como fecha para la reconstrucción el día de hoy, no obstante, en horas de la tarde de ese mismo día fue encontrado el expediente, razón por la cual, a efectos de dar celeridad en la actuación se dispondrá constituir el Despacho en audiencia de alegaciones y juzgamiento y seguidamente se dictará la respectiva sentencia.

De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.

Teniendo en cuenta que las partes están de acuerdo con las precisiones del Despacho, de inmediato procederá a exponer los alegatos de conclusión.

La presente decisión se notificó en estrados.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

El Despacho corrió **traslado de alegatos de conclusión** a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos a los apoderados intervinientes en la audiencia, quienes expusieron sus alegatos de conclusión de conformidad con la grabación digital de la presente audiencia.

III. SENTENCIA

Escuchados los alegatos de las partes, sin que se hasta esta etapa del proceso se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la señora Juez a dictar la correspondiente sentencia.

1. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El punto central de la litis gira en torno a establecer si es procedente ordenar el reconocimiento de una pensión de jubilación a la señora Alicia Zuñiga de Bernal con aplicación del régimen especial que gobierna a los docentes, pese a que cuenta con una pensión de vejez reconocida por el Seguro Social / hoy COLPENSIONES, o si por el contrario, no es procedente acceder a tal pedimento, atendiendo las razones consignadas en los actos acusados, consistentes en que por virtud del artículo 128 Superior, las dos prestaciones son incompatibles.

2. TESIS DEL DESPACHO

La tesis que sostiene el Despacho es que las pretensiones alcanzan vocación de prosperidad, pues la pensión reconocida por COLPENSIONES fue concedida por cotizaciones efectuadas mientras la demandante laboraba en el sector privado y causada con anterioridad a la Ley 100 de 1993, mientras que la pensión solicitada a Nación —Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, constituye una prestación que se financia con recursos del erario público, y por lo mismo no es procedente definir el asunto a la luz del artículo 129 Superior.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta que el objeto para el que se acude a través del presente medio de control, más allá de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, es obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación al amparo del régimen docente, se procederá a analizar si en efecto la señora Alicia Zuñiga de Bernal cumple con los supuestos normativos que para el efecto se exigen para el reconocimiento de una pensión de jubilación en los términos del régimen especial docente.

3.1. Del régimen pensional especial que gobierna a los docentes oficiales.

Para el personal de docentes oficiales que hoy día se encuentran pensionados y los que hasta ahora piden el reconocimiento de la prestación, la norma jurídica que procede aplicar es la Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se agrupó en un mismo cuerpo normativo el régimen prestacional y seguridad social de los docentes oficiales, quienes a partir del 1º de enero de 1990 debían vincularse obligatoriamente a dicho fondo, pues sería esta la entidad encargada de reconocer sus prestaciones sociales y de seguridad social.

Específicamente en lo relacionado con la pensión, el artículo 15 indicó que el régimen aplicable a los docentes (nacionales y nacionalizados) vinculados a partir

del 1º de enero de 1981 y a los docentes que se nombraron a partir del 1º de enero de 1990, es el contemplado para los pensionados del sector público nacional, es decir, las disposiciones contenidas en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las leyes 33 y 62 de 1985, normas que en conjunto establecen como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, acreditar un tiempo de servicios de 20 años y una edad mínima de 55 años.

Relativo a los docentes territoriales, quienes en un principio no fueron destinatarios de la Ley 91 de 1989, pese a que sobre ellos se anunciaba una clasificación, fue con la Ley 60 de 1993 que el Legislador impuso su obligatoria incorporación al mencionado Fondo y por contera la aplicación de las reglas pensionales desarrolladas en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Con posterioridad, fue expedida la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación)¹, la cual dispuso en su artículo 115 que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989 y en la ley 60 de 1993, es decir, que se siguió remitiendo para tales efectos, a la normativa prevista en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y leyes 33 y 62 de 1985.

Luego, la ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", dispuso en su artículo 81, que el régimen prestacional aplicable a los docentes oficiales que se vincularon antes de su entrada en vigencia, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones anteriores², esto es, en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, que en materia pensional, finalmente remiten al régimen contemplado para los empleados públicos del orden nacional (decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y leyes 33 y 62 de 1985). Este mandato quedó a salvo en el parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del acto legislativo Nº. 1 de 2005.³

Es preciso señalar que a los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 27 de junio de 2003, se les reconocen los derechos pensionales del régimen 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.

Teniendo claro que a los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 les resultan aplicables las disposiciones contenidas

¹Art. 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". (Negrilla Extra texto).

²**ARTÍCULO 81.** Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley"

³ "Parágrafo transitorio 1º. 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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

en las Leyes 115 de 1994, 60 de 1993 —esta para el caso especial de los docentes territoriales— y la 91 de 1989, claro es también que en los términos del artículo 15 de esta última disposición, cuando cumplan los requisitos de Ley, les será reconocida una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Entiéndase que los requisitos de Ley son aquellos consagrados en el régimen pensional de los empleados públicos de la rama ejecutiva.

En cuanto al régimen pensional de carácter general y/o pensionados del sector público nacional, al cual remite la Ley 91 de 1989, se tiene lo siguiente:

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, en su artículo 27 dispuso:

“Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

Asimismo su Decreto Reglamentario el 1848 de 1969, en sus artículo 68⁴ y 73⁵ reprodujo el contenido de la anterior norma.

Después, con la Ley 33 de 1985 el Legislador equiparó entre mujeres y hombres el requisito mínimo de edad, quedando —en los dos casos— una edad mínima de 55 años, y respecto al tiempo de servicios y cuantía, mantuvo en 20 años el tiempo mínimo exigido y el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio respectivamente.

Ahora bien, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado en Sala Plena, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila⁶, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, concluyendo que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

3.2. De la compatibilidad pensional de cara al régimen pensional docente

Teniendo en cuenta que el fundamento jurídico sobre el cual la demandada edifica su negativa en reconocer la pensión de jubilación bajo el régimen docente es la incompatibilidad que sobreviene entre la pensión solicitada y la pensión de vejez que a la fecha tiene reconocida por COLPENSIONES, se expondrán algunas consideraciones en materia de compatibilidad e incompatibilidad pensional.

⁴ **Artículo 68°.-** Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.

Parágrafo.- (Modificado por el Parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

⁵ **Artículo 73°.-** Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (**Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.). Ver: Artículo 42 Decreto Nacional 1042 de 1978 artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modifica al Artículo 3 de la Ley 33 de 1985**

⁶ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

Así pues, a voces del artículo 128 de la Constitución Política de 1991, ninguna persona “podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado”, con excepción de los casos que determine específicamente la ley.

Dicho artículo entonces, previó una regla general en el sentido de prohibir que las personas i) desempeñen simultáneamente más de un empleo público, o, que ii) reciban más de una asignación que provengan del tesoro público, aclarando que el tesoro público es aquel que corresponde a “la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

Igualmente la Ley 4ª de 1992 en el artículo 19, señaló algunas excepciones a la regla constitucional de incompatibilidad.

El mencionado artículo 19, es del siguiente tenor:

“Artículo 19º.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c. (...)
- d. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

Para el caso especial de los docentes oficiales, fue desde el Decreto 2277 de 1979 en su artículo 70 que se les permitió percibir al mismo tiempo pensión y asignación por el ejercicio de la docencia.

Es evidente e indiscutible que los docentes tienen régimen especial y propio, pero como ninguna de las normas que consagran el conjunto de reglas y principios atinentes a las prestaciones sociales y económicas de los docentes refiere a una excepción al contenido de la prohibición estatuido en el artículo 128 superior, forzoso es remitirse a las reglas generales que para los servidores públicos nacionales se encuentran vigentes.

El Decreto 3135 de 1968 **“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”**, previó a través del artículo 31, la incompatibilidad de las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, entre sí, de la siguiente manera:

“Artículo 31º.- Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas”.

Por su parte, el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969, en sus artículos 77 y 84, estableció una incompatibilidad entre el goce de la pensión de jubilación y la de vejez respectivamente, con la percepción de toda asignación que provenga de entidades de derecho público, establecimientos públicos, etc., de la siguiente manera:

“Artículo 77°.- Incompatibilidades con el goce de la pensión. El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963”.

“Artículo 84°.- Incompatibilidades con el goce de la pensión. El goce de la pensión de retiro por vejez es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo los casos de excepción previstos por las leyes y en particular por el Decreto 1713 de 1970 y la Ley 1a. de 1963”.

De acuerdo con el recorrido normativo, plausible resulta asegurar que en materia de docencia oficial, se habilita al docente para percibir pensión de gracia, pensión ordinaria de jubilación y remuneración mensual por el ejercicio de la docencia, sin embargo, respecto de percibir pensión de jubilación, o de invalidez o de retiro por vejez entre sí, ninguna regla de derecho, como ya se había anticipado, lo autoriza, esto es, devengar más de una pensión que provenga del erario —con excepción de la de gracia— está prohibido constitucional y legalmente, según se dejó visto.

3.2 Pensión de jubilación y pensión de vejez.

Como se ha venido desarrollando, la pensión de jubilación en el sector oficial, puede decirse entre otras definiciones, que es una prestación social que se genera a favor del empleado público o trabajador oficial que ha reunido los requisitos legales para que le sea otorgada dicha prestación por una entidad de previsión, de acuerdo con lo previsto para el efecto, por ejemplo, en el derogado artículo 27 del Decreto 3135 de 1968⁷, o lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985⁸, o lo dispuesto en el ordinal a) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁹, regímenes todos pensionales que en tratándose de servidores público o trabajadores oficiales, refiere a la pensión de jubilación, no a ninguna otra forma de prestación periódica.

⁷ ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

⁸ **Artículo 1º.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

⁹ **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:

(...)

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”.

En tanto que la pensión de vejez puede considerarse, según lo indica la Corte Constitucional¹⁰, como “un término relacionado con las prestaciones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores privados afiliados a él y cuyos requisitos hacían referencia a “semanas cotizadas”, que era el sistema de cómputo previsto en las normas”.

En efecto, para el sector privado con la Ley 90 de 1946, se concretó la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, como una entidad técnicamente diseñada para administrar un régimen de seguros sociales obligatorios que remplazaría a los empleadores en el reconocimiento y pago de las principales prestaciones sociales.

Para los trabajadores del sector privado se estableció un sistema de seguro social obligatorio regido por el Decreto 758 de 1990, el cual introdujo, como ya se dijo, la figura de la pensión de vejez para cubrir el riesgo del mismo nombre, no obstante en el artículo 49¹¹ del mentado decreto se estableció la incompatibilidad de las pensiones e indemnizaciones sustitutivas cubiertas por el ISS entre sí y con aquellas provenientes del sector público, es decir, sin importar el nombre de la prestación o del riesgo, las mismas no podían ser reconocidas a una misma persona.

La norma comentada fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia de 3 de abril de 1995, pues se consideró que “se trata de dos asignaciones completamente diferente por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público”¹².

Bajo el contexto que se viene señalando, es evidente que las pensiones de jubilación del sector público además de tener normatividad especial, son provistas en parte con dineros del erario, en tanto que la de vejez son cubiertas con las cotizaciones de los trabajadores afiliados al ISS con los porcentajes de aportes que corresponde a los empleados y empleadores del sector privado, por tanto no derivan del tesoro público, de suerte que, solamente habría incompatibilidad de que trata el artículo 128 superior, si el reconocimiento de dos o más asignaciones proceden del tesoro público.

3.3. Jurisprudencia que autoriza la compatibilidad entre pensión de jubilación que es financiada con recursos del erario público y la pensión de vejez reconocida a partir de las cotizaciones efectuadas por cotizaciones efectuadas en el sector privado.

El anterior argumento haya fundamento en lo dicho por el Consejo de Estado en providencia de 19 de febrero de 2015¹³, que al resolver un asunto de similares contornos fácticos, indicó:

¹⁰Sentencia T-053-10.

¹¹ “ARTÍCULO 49. INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles:

a) Entre sí;

b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y

c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas”.

¹²Aparte extraído de la sentencia de 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del radicado 25000-23-25-000-2008-00147-01(0882-13).

¹³ Ibidem.

(...).

De lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.

*No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el Instituto del Seguro Social incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del **“tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado”** y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.*

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación¹⁴ concluyó:

“La anterior jurisprudencia es aplicable al caso concreto. En efecto, se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente: una, la que reclama el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio y otra la que recibe del ISS; la primera obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber cotizado como trabajador independiente, lo cual conduce a indicar que las dos pensiones son compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público”.

Criterio de compatibilidad pensional que también comparte la Corte Suprema de Justicia, cuando en sentencia de casación de 17 de julio de 2013¹⁵, precisó:

***(...), se debe concluir que la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, que encuentra su fuente en los reglamentos de dicha institución y se causa por las cotizaciones allí efectuadas, es compatible con la pensión de jubilación que se funda en la Ley 33 de 1985 y se deriva de tiempos de servicio al Estado, diferentes a los tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez.** Y ello es así por virtud de que las dos prestaciones, como lo reclama la censura, encuentra reglamentaciones, causas y fuentes de financiación diferentes” (se destaca).*

De conformidad con lo expuesto en precedencia, hay lugar a decretar incompatibilidad pensional cuando las pensiones o prestaciones que se pretenden provienen del tesoro público, tal es el caso de las pensiones de jubilación o invalidez a que refiere el Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969, pero en tratándose de pensiones de jubilación y pensión de vejez, procedente esta última de las cotizaciones efectuadas por los asalariados y empleadores del sector privado no cabe dicha incompatibilidad porque como se dejó dicho, la pensión de vejez se reconoce por servicios prestados a patronos particulares y no al estado, por tanto su financiación no proviene de dineros del erario.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de octubre de 2006, Consejero ponente: doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de Casación Laboral, sentencia de 17 de julio de 2013, Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri Bueno, Acta 21 SL 452 – 2013, radicación No. 36936

Cabe en este punto precisar, por último, que la pensión de vejez por retiro de que trata el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968¹⁶ difiere de la pensión de vejez a que aluden los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, pues mientras la primera es una prestación que se concede a los servidores públicos o trabajadores oficiales que habiendo llegado a la edad de retiro forzoso no reúnan los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de invalidez; la segunda cubre el riesgo de vejez cuando el trabajador particular ha completado la edad y cotizaciones exigidas para el otorgamiento de la misma.

Así pues, la incompatibilidad a que apunta el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 88 del Decreto 1848 de 1969 cuando hace referencia a la pensión de retiro por vejez, nada tiene que ver con la pensión de vejez, pues la de retiro por vejez sólo es para empleados públicos o trabajadores oficiales y no pueden acceder a ella los empleados del sector privado, la de vejez tiene su propia regulación, por ende, las aludidas prestaciones tienen destinatarios diferentes, lo que conlleva que al distinguirse una de otra no pueda hablarse de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez.

3.4. Caso concreto.

En este momento el Despacho procede a verificar si en el marco del régimen especial que ampara a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la demandante acredita el cumplimiento 20 años de servicios y 55 años de edad.

De conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el folio 18 del plenario, se constata que la señora Alicia Zuñiga de Bernal, cumplió el requisito de los 55 años de edad el día 5 de octubre de 2005, pues nació el día 15 de octubre de 1950.

Asimismo, del certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá expedido el 16 de febrero de 2016 (fls. 87 y 88), se puede establecer que la señora Alicia Zuñiga de Bernal laboró como docente oficial mediante nombramientos temporales entre el 12/03/1991 al 30/11/1991 —para un total de 8 meses y 19 días— y entre el 22/01/1992 al 30/11/1992 —para un total de 10 meses y 9 días—; después, en virtud de la Resolución 0202 del 1 de febrero de 1993, se desempeñó como docente en propiedad entre el 8 de febrero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 2015 —fecha a partir de la cual le fue aceptada renuncia—, tiempo durante el cual tuvo interrupciones por licencias sin remuneración de 175 días. En consecuencia, los 20 años de servicio se cumplieron el **9 de julio de 2011**, fecha en la cual se entiende cumplido el **status pensional**.

Ahora bien, respecto a la pensión de vejez, se encuentra acreditado que el entonces Instituto del Seguro Social – hoy COLPENSIONES, mediante la Resolución No. 13038 del 28 de marzo de 2006, reconoció a la señora Alicia Zuñiga de Bernal una pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2006, con fundamento en las semanas de cotización que la afiliada efectuó exclusivamente en el ejercicio docente prestado en instituciones educativas del sector privado, según se ve en el reporte que obra en el folio 136 del expediente, de manera que se cumplen los supuestos normativos para que la pensión que causa la demandante como docente oficial mediante cotizaciones efectuadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

¹⁶ "ARTICULO 29. PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ. <Ver Notas del Editor> A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal".

por tiempos exclusivamente públicos sea reconocida sin el pretexto de que exista incompatibilidad entre las mismas, pues la fuente que financia una y otra prestación no provienen del sector público.

Teniendo en cuenta que por las razones expuestas, la presunción de legalidad que reviste los actos administrativos acusados fue plenamente desvirtuada, la consecuencia es declarar su anulación.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, se impone como restablecimiento del derecho, que la Nación –Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca una pensión de jubilación a la señora Alicia Zuñiga de Bernal a partir del día siguiente a su causación.

*Relativo al monto de la pensión, debe tenerse en cuenta que la Ley 62 de 1985 -por la cual se modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985-, en su artículo 1º, estableció los factores salariales que se deben tener en cuenta para fijar el monto pensional, no obstante, se acoge la sentencia de unificación proferida el 04 de agosto de 2010 por el H. Consejo de Estado¹⁷, según la cual **las Leyes 33 y 62 de 1985 no enlistan taxativamente los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación**, de modo que se deben incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación por sus servicios en el año anterior al status pensional —que como se dijo se causó el 9 de julio de 2011—, independientemente de la denominación que reciban, deduciendo los aportes que no se efectuaron por parte de la entidad en la proporción que le corresponda a la demandante.*

Precisado lo anterior y haciendo remisión a la certificación expedida por la Secretaría de Educación (fl. 16), se constata que la demandante durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status —10 de julio de 2010 al 9 de julio de 2011—, devengó los siguientes factores salariales: Sueldo, Prima Especial, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad, los cuales están llamados a integrar el ingreso base de liquidación pensional de la actora, de conformidad con el régimen legal aplicable y el criterio jurisprudencial al cual se ha hecho referencia.

Teniendo en cuenta que en los términos del artículo 70 del Decreto 2277 de 1979, los docentes pueden devengar al mismo tiempo asignación salarial por el ejercicio de la docencia y pensión y que la señora Alicia Zuñiga de Bernal laboró hasta el día 31 de diciembre de 2015, se dispone que el reconocimiento y pago de mesadas pensionales se efectuó desde el día siguiente al cumplimiento del status tomando en cuenta los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a esa fecha y que desde el 1 de enero de 2016 la pensión sea reliquidada para que se tengan en cuenta los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, incluyendo, además de los reconocidos a partir del 10 de julio de 2011, la prima de servicios que se acredita fue devengada entre el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de ese mismo año.

3.5. De la prescripción.

Teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de la demanda, se hace necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción de las mesadas pensionales, a la luz del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado. Rad: 2006 -07509 01.- C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁸ "Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en ese decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleados o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"

Como quiera que el derecho pensional se causó a partir del 10 de julio de 2011, que la reclamación fue presentada el 9 de mayo de 2013 y que la presentación de la demanda fue el día 11 de diciembre de 2013 (fl. 26), claro es que entre una fecha y otra no transcurrió más de tres (3) años, razón por la cual no hay lugar a declarar prescripción de mesada alguna.

3.6. Respecto al pago de las mesadas adeudadas por concepto del reconocimiento que aquí se ordena, la Nación —Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, deberán actualizarse teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor, de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor adeudado a la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

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

3.7. Condena en costas

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹⁹ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad

¹⁹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación en el régimen docente, que según la demandada existía incompatibilidad con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.
- Son profusas las decisiones judiciales en las que se ha determinado que las dos prestaciones son compatibles debido a la fuente de recursos de donde se financian no son las mismas, ya que en un caso es del sector privado —COLPENSIONES— y la otra es del sector público —FONPREMAG—.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que revistió la instancia en este caso, se condenará en costas a la parte demandante por haber sido vencida, ordenando pagar a la demandada la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resoluciones 2369 del 10 de abril de 2013 y 4139 del 21 de agosto de ese mismo año, proferidas por la Secretaria de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación —Ministerio de Educación Nacional —Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a través de la cuales se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación —Ministerio de Educación Nacional —Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, reconocer y pagar pensión ordinaria de jubilación a la señora ALICIA ZÚÑIGA DE BERNAL, identificada con C.C. No. 41.491.109, en el equivalente al 75% del promedio mensual devengado durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status —10 de julio de 2010 al 9 de julio de 2011—, incluyendo en ésta los siguientes factores salariales: i) **asignación básica**, ii) **prima especial**, iii) **prima de vacaciones**, y, iv) **prima de navidad**, la cual resulta compatible con la pensión de vejez que le viene cancelando mensualmente la Administradora Colombiana de Pensiones a la citada demandante.

Se advierte que sobre aquellos factores que se reconocen y pagan anualmente, se deberán tomar las doceavas partes.

TERCERO: **ORDENAR** a la demandada que el reconocimiento y pago de mesadas pensionales efectúe desde el día siguiente al cumplimiento del status tomando en cuenta los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a esa fecha y que desde el 1 de enero de 2016 la pensión sea reliquidada, para que se tengan en cuenta los factores salariales devengados en el año

inmediatamente anterior al retiro del servicio, incluyendo, además de los reconocidos a partir del 10 de julio de 2011, la prima de servicios que se acredita fue devengada entre el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de ese mismo año.

CUARTO: ORDENAR que en la proporción que corresponda a la demandante se efectúen los correspondientes aportes frente a los factores salariales que se ordena incluir para establecer el monto de la pensión, debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, pagar a la parte demandante las mesadas pensionales causadas, -, junto con los ajustes de valor siguiendo la fórmula señalada en la parte considerativa de este proveído.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción trienal de mesadas, por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

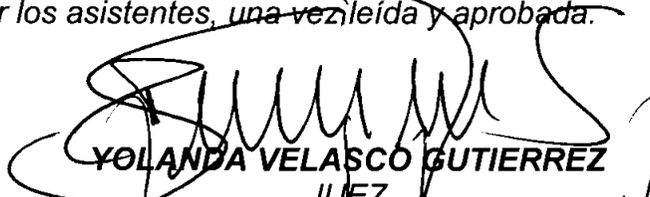
OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada a favor del demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia, por un valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.

El apoderado de la parte demandada manifestó que interpone **RECURSO DE APELACIÓN**, que sustentará en el término de ley.

No siendo otro el motivo de la audiencia, se da por terminada la misma se firma la presente acta por los asistentes, una vez leída y aprobada.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


RICARDO JOSÉ ZUÑIGA ROJAS
APODERADO PARTE DEMANDANTE


JENIFER LOPEZ IGLESIAS
DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN


SAMUEL VALERO RUBIO
SECRETARIO AD-HOC