JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación:	**11001-33-35-013-2022-00442**
Proceso:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**MATILDE RINCÓN WILCHES**
Demandado:	**NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Asunto:	**SENTENCIA ANTICIPADA– DESCUENTOS APORTES PENSIONALES Y RELIQUIDACIÓN PENSIÓN JUBILACIÓN-DOCENTE**

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

ANTECEDENTES

"(…)

II. PRETENSIONES DECLARACIONES Y CONDENAS.

PRIMERO: Solicito que se declare la **NULIDAD** de la Resolución número **9330 del 30 de agosto de 2022**, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Regional Bogotá D.C., mediante la cual **NIEGA** la reliquidación de la pensión de jubilación de mi representada.

SEGUNDO: Solicito que se declare la **NULIDAD** del oficio N°**S-2020-289107 del 3 de septiembre de 2022,** proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en razón a que se pronunció negativamente frente a la solicitud de descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales devengados por mi representada durante su vinculación laboral.

TERCERO: Solicito que como consecuencia de la declaratoria de **NULIDAD** de la resolución **9330** proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la **NULIDAD del oficio No. S-2022-289107** proferido por la secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la nulidad de los actos fictos; se **CONDENE** a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.,** respectivamente, a proferir el acto administrativo que **RECONOZCA Y PAGUE** a favor de mi poderdante:

> **3.1.** Se ordene realizar los trámites necesarios para que la **secretaría distrital,** realice los descuentos sobre los factores que se solicitan para su inclusión y a su vez efectúe el aporte de los mismos al sistema pensional **(FONPREMAG)**
>
> **3.2.** Consecuentemente, con la pretensión anterior se ordene la **revisión y ajuste** de la pensión jubilación, incluyendo, además, de los ya reconocidos, todos los factores salariales devengados por la docente, en el año anterior **al RETIRO DEL SERVICIO,** además, teniendo en cuenta, que, de la **PRIMA DE VACACIONES,** se realizaron los descuentos a seguridad social, y según el Acto legislativo 01 de 2005, se deben incluir todos los factores salariales sobre los que se hubiese realizado cotizaciones.
>
> **CUARTO:** Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento de en qué se le reconoció esta pensión, descontando lo que ya se haya cancelado.
>
> **QUINTO:** Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la **INDEXACION** sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la re liquidación pensión jubilación, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el **DANE** desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
>
> **SEXTO:** Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.
>
> (…)".

2. Hechos.

Los relatados en la demanda se resumen así:

- Que la demandante MATILDE RINCÓN WILCHES, nació el 24 de febrero de 1963 y laboró como docente al servicio del Estado, cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 24 de agosto de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2021.

*- Que mediante **Resolución No. 12130 del 04 de diciembre de 2018**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la demandante, efectiva a partir del 25 de febrero de 2018.*

*- Que con Resolución No. 3718 del 19 de abril de 2022, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., reliquidó la pensión de la demandante con ocasión al retiro de su servicio, incluyendo los factores salariales de **asignación básica, sobresueldo, bonificación mensual y bonificación pedagógica,** sin tener en cuenta los demás factores devengados para esa fecha.*

- Que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., omitió su responsabilidad como empleador, de efectuar los descuentos en seguridad social sobre la totalidad de los factores devengados anualmente por la demandante y, de realizar los aportes al sistema pensional correspondientes al tiempo transcurrido desde la vinculación laboral de su mandante como docente a la fecha.

- Que con derecho de petición ***E-2022-151834,*** *solicitó ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la revisión y ajuste de la pensión de jubilación de la demandante, debido a que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengaba al retiro del servicio; asimismo que de aquellos factores a los que no se le hubiese realizado los descuentos a seguridad social se realizaran según correspondiera.*

- Que mediante ***Resolución No. 9330 del 30 de agosto de 2022****, proferida por la entidad demandada, se negó la pensión de jubilación de la demandante.*

- Que con derecho de petición No. ***E-2022-156715 del 23 de agosto de 2022****, se solicitó ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., realizar el pago de los aportes a seguridad social sobre los factores salariales de la demandante, a los que no se les efectuó dichas cotizaciones y, se realizaran los trámites necesarios a efectos de trasladar los mismos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

- Que a través de Oficio ***N° S-2022-289107 del 3 de septiembre de 2022*** *la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., negó la anterior solicitud.*

3. Normas violadas y concepto.

En la demanda, se señalan como vulneradas las siguientes:

- ***De rango constitucional****: artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.*

- ***De rango legal:*** *Leyes 57 y 153 de 1887; Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1993, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.*

El concepto de la violación de las normas señaladas como infringidas, se sustenta en que está demostrado que la demandante se vinculó como docente oficial y se encuentra cotizando en el Fondo Nacional del Magisterio desde el ***17 de febrero***

de 1994*, es decir, con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se le debe reconocer y liquidar la pensión de jubilación con un IBL del 75% equivalente al promedio mensual de todos los factores salariales del último año anterior al* ***estatus pensional.*** *Ello, conforme a lo dispuesto en las Leyes 4° de 1992 y 100 de 1993, artículo 279 que exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, Ley 60 de 1993, 115 de 1994, 812 de 2003 artículo 81.*

Indica que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no aplicaba a los docentes al servicio del Estado, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003, por cuanto están exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, por ende, su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989, conforme ordena el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que en la segunda subregla de dicha sentencia, se indica que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema; sin embargo, que como lo dejó estipulado la misma sala en el numeral 95 estos "servidores" no están cobijados por el régimen de transición, por lo que dicha providencia de unificación no debe aplicarse al presente proceso.

Precisa, que en la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, se determinó que las pensiones de jubilación reconocidas por FOMAG para los docentes vinculados al magisterio oficial hasta el 26 de junio de 2003, por remisión de la Ley 91 de 1989, se deben liquidar con el ingreso base de liquidación calculado de conformidad con la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, que estableció los factores salariales a tener en cuenta para calcular el IBL de las pensiones de los servidores públicos.

Igualmente, expone que según las Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 se estableció que todas las pensiones deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes al sistema pensional IBC, lo cual fue reiterado por el Consejo de Estado en sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019.

Indica que, según las sentencias referidas, en la liquidación de las pensiones solo se tendrá en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones al sistema pensional. Asimismo, que en los procesos donde haya controversia por la forma de calcular el IBL de las pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, se debe aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral, de acuerdo al artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entonces, que si bien sobre la prima de vacaciones se realizaron cotizaciones a seguridad social y este factor no está enlistado en la Ley 62 de 1985, no es menos cierto que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, el mismo debe incluirse en la liquidación de la mesada pensional.

Asimismo, que aunque sobre algunos de los factores salariales que devengó la demandante, no le fueron efectuados descuentos para aportar al sistema pensional y tampoco están en la lista prevista en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, ello no es impedimento para que el juez ordené la inclusión de los mismos.

4. TRÁMITE PROCESAL

4.1. *Mediante auto del 3 de marzo de 2023 (archivo 07), se admitió la demanda formulada por la señora MATILDE RINCÓN WILCHES contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la cual fue notificada personalmente a través de correo electrónico enviado a la entidad demandada, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica (archivo 07).*

4.2 La entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, *se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que la parte accionante desconoce la postura unificada del Consejo de Estado, adoptada mediante sentencia SUJ-014-CE-S2-19 del 25 de abril de 2019, respecto de Ingreso Base de Liquidación en el Régimen Pensional de los Docentes, con lo que queda plenamente desvirtuada la presunta ilegalidad de los actos acusados; y por ende, al no tener fundamento legal ni jurisprudencial las pretensiones de la demanda, estas no están llamadas a no prosperar.*

Finalmente, propone las excepciones de ***legalidad de los actos administrativos atacados en nulidad, factores salariales que integran el ingreso base de liquidación sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el consejo de estado e improcedencia de condena en costas".***

4.3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*, no conceptuó.*

4.4. *Con auto del 20 de septiembre de 2023, se tuvo por contestada la demanda por parte de* ***NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,*** *se advirtió que las excepciones de fondo se entenderían resueltas con la motivación de la sentencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021, se dispuso prescindir de la audiencia inicial; admitir e incorporar las documentales allegadas al expediente por la demandante; se abstuvo de citar a audiencia de pruebas por no requerir la documental decretada de práctica alguna, se fijó el litigio y se corrió traslado de alegatos de conclusión a fin de dictar* ***sentencia anticipada,*** *conforme a la norma en cita (archivo 14)*

4.5 Alegatos de Conclusión.

La parte demandante, *presentó en tiempo el 27 de septiembre de 2023, vía correo electrónico alegatos de conclusión (archivo 18), se ratificó en los hechos y pretensiones de la demandada, señalando además que, si bien es cierto, las Leyes 33 y 62 de 1985 introdujeron el principio de sostenibilidad financiera de las pensiones y condicionaron el IBL de aquellas al IBC, con la precisión adicional de listar los factores sobre los cuales debían hacerse las cotizaciones, de manera que estas no dependían de la voluntad del empleador, ni del trabajador, ni de acuerdos entre ellos, ni siquiera de las políticas o lineamientos que trazaran las administradoras de cajas, fondos u otros obligados a reconocer pensiones. Por lo que señala, que este argumento ya fue superado por el Acto Legislativo 01 de 2005 que reitero la obligatoriedad de cotizar al sistema pensional por todos ingresos laborales, y finalmente por la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de agosto de 2010.*

Que conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que el objetivo primordial de la expedición de las sentencias de unificación por parte de las Altas Cortes es la descongestión de la Justicia, solicita se profiera fallo aplicando la referida sentencia de unificación, conforme al sustento jurisprudencial referido, que ha ordenado se ha

ordenado la reliquidación de pensiones de jubilación de empleados al servicio del Estado, incluyendo en el IBL factores salariales sobre los cuales no se efectuó la correspondiente cotización al sistema pensional, y en forma simultánea ordenó el descuento y pago de los correspondientes aportes al sistema pensional de los factores no cotizados para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La entidad demandada, *no presentó alegatos de conclusión.*

El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado *no intervinieron en esta etapa.*

CONSIDERACIONES

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

El litigio en el presente caso se circunscribe a establecer si es procedente o no declarar la nulidad de la ***Resolución Número 9330 del 30 de agosto de 2022****, y del oficio* ***S-2022- 289107 del 3 de septiembre de 2022****, expedidos por la Secretaría de Educación de Bogotá, con el objeto de que como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada: i) realizar los trámites necesarios para que la Secretaría de Educación Distrital, efectué los descuentos sobre los factores que se solicitan para su inclusión y los aportes de los mismos al sistema pensional (FONPREMAG), y ii) revisar y ajustar la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo además de los ya reconocidos, todos los factores devengados en el año anterior al* ***retiro del servicio****, teniendo en cuenta que de la* ***prima de vacaciones*** *se realizaron los descuentos a seguridad social, con los valores debidamente ajustados e indexados y se condenara en costas.*

1. Situación fáctica y hechos probados.

- Mediante ***Resolución No. 12130 del 4 de diciembre de 2018,*** *proferida por el* ***FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG,*** *se reconoció la pensión de jubilación a la señora* ***MATILDE RINCÓN WILCHES*** *en la suma de $3.524.947 , a partir del 25 de febrero de 2018, por haber cumplido los requisitos de 20 años de servicios y 55 años de edad, en el*

equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados del año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha del status de pensionada, incluyendo como factores salariales la ***"asignación básica, sobresueldo, prima especial, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad"*** *(fls. 2-3 archivo 05)*

- Del anterior acto administrativo se extrae, que la demandante adquirió el status de pensionada el 24 de febrero de 2018, fecha en la que según la cédula de ciudadanía cumplió 55 años de edad.

- Se deriva de la Resolución N° 3718 del 19 de abril de 2022, que con ***derecho de petición 2022-PENS-002716 radicado el 7 de febrero de 2022****, la demandante solicitó la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación al* ***retiro del servicio****, teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados en el último año de servicios. (fls. 6-7 archivo 05).*

- Por medio de la ***Resolución N° 3718 del 19 de abril de 2022****, proferida por la* ***SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ en representación del FOMAG****, se resolvió la anterior solicitud, reliquidando la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, en el equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último de servicios a la fecha de su retiro definitivo, ascendiendo a la cuantía de la mesada pensional a $4.049.501, con la inclusión de factores salariales de "****asignación básica, sobresueldo, bonificación mensual, bonificación pedagógica", con efectividad** *a partir del 31 de diciembre de 2021. (fls. 6-7 archivo 05).*

- Derecho de petición radicado bajo el No. ***E-2022-151834 del 11 de agosto de 2022****, ante el* ***FOMAG,*** *mediante el cual el apoderado del demandante, solicitó la revisión y reajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida, con todos los factores salariales que devengó en el* ***año anterior al retiro del servicio,*** *conforme a la Ley 91 de 1989; y se ordenara efectuar los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los emolumentos percibidos (****sueldo, sobresueldo, horas extras, prima especial, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad****) devengados por la demandante durante su vinculación. (fls. 8-12 archivo 05)*

*- Mediante **Resolución No. 9330 del 30 de agosto de 2022 (fl. 14-16 archivo 05),** proferida por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ en representación del FOMAG,** se negó el ajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora **MATILDE RINCÓN WILCHES**, argumentando que en la reliquidación se dio aplicación a la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, donde se fijaron los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG. Además, que de acuerdo al parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de esta ley que gozan del régimen de la Ley 33 de 2003, 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; en consecuencia, revisada la reliquidación de la pensión de la docente **MATILDE RINCÓN WILCHES,** no se encontraron factores adicionales para ser incluidos.*

*- Derecho de petición radicado bajo el No. **E-2022-156715 del 22 de agosto de 2022**, ante **Bogotá D.C. - Secretaría de Educación de Bogotá**, el apoderado de la señora **MATILDE RINCÓN WILCHES**, solicitó efectuar los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales, tales como **sueldo, sobresueldos, horas extras, prima especial, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad,** que devengó la demandante durante su vinculación; y una vez efectuado lo anterior se hicieran los pagos correspondientes al FOMAG. (fl. 16 archivo 05)*

*- Obra **Oficio N°S-2022-289107 del 3 de septiembre de 2022** por medio del cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ negó la anterior petición con radicado **Nº E-2022-156715**, argumentando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del sistema integral de seguridad social, y su régimen prestacional se definiría de acuerdo a la fecha de vinculación al servicio público educativo, dependiendo de si fue antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pues de ser con anterioridad al 27 de junio de 2003 le sería aplicable el régimen del artículo 1° de la Ley 62 de 1985 modificado por l artículo 3° de la Ley 33 de 1985, y con posterioridad se aplicaría el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.*

A su vez le informó, que una vez verificado el Sistema Integrado de Gestión de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, así como los antecedentes administrativos, se evidenció que la señora ***MATILDE RINCÓN WILCHES****, le fueron realizados los aportes al sistema de seguridad social en la proporción respectiva y de forma oportuna, de los factores salariales devengados durante su vinculación, por lo que no era posible acceder de forma favorable a su petición (fls. 17-19 archivo 05)*

- Certificado de tiempos de servicios de la señora ***MATILDE RINCÓN WILCHES*** *expedido por la Secretaría de Educación del Distrito, el 30 de julio de 2022, donde consta que la misma fue vinculada como docente desde el* ***24 de agosto de 1987*** *y fue retirada a partir del* ***31 de diciembre de 2021****. (fls. 21-22 archivo 05)*

- Certificado de salarios de la señora ***MATILDE RINCÓN WILCHES*** *expedido por la Secretaría de Educación del Distrito, el 30 de julio de 2022, en el que consta los factores salariales percibidos por la demandante en el último año de servicios prestados, esto es, del* ***30 de diciembre de 2020 al 30 de diciembre de 2021****, tales como* ***sueldo, sobresueldo, prima especial, bonificación pedagógica, prima de servicios, bonificación mensual, prima de vacaciones y prima de navidad****. (fl. 19 archivo 05)*

2. Problema jurídico.

Se contrae a los siguientes problemas jurídicos:

1) Determinar si es o no procedente ordenar los descuentos a seguridad social sobre aquellos factores salariales respecto de los cuales se solicita su inclusión y el aporte de los mismos al sistema pensional.

2) Establecer si es viable ordenar el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante, en su calidad de docente, con la inclusión de todos factores salariales devengados en el año anterior al ***retiro del servicio.***

3. Marco normativo.

3.1. Del régimen pensional de los docentes.

Con el fin de dirimir la controversia debatida, se hace necesario precisar la fecha de vinculación de la docente MATILDE RINCÓN WILCHES, al servicio del Estado, a fin de establecer la normatividad aplicable en su caso, por ello resulta imperativo mencionar que, de conformidad con el certificado de tiempo de servicios obrante a folio 20 del expediente, se observa que ésta se vinculó en propiedad al servicio docente oficial desde el ***24 de agosto de 1987,*** *por lo que en este caso las normas aplicables son las vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

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

> "(…) **ARTICULO. 279.-Excepciones.** El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
>
> **Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.
>
> (…)" – Negrillas fuera de texto -

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

> "(…)
>
> **Artículo 15º.-** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
>
> 1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
>
> **Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.**
>
> 2.- Pensiones:

> Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980[1] que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.
>
> **Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.**
>
> (…)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

Luego, la Ley 115 de 1994, en su artículo 115, consagró que el ejercicio de la profesión docente se regiría por las normas del régimen especial, establecidas en esta ley, y las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993[2].

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

> "(…)
>
> **Artículo 81.** Régimen prestacional de los docentes oficiales. **El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**
>
> **Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.**
>
> (…)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

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

---

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

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

> "(…) Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Para la **liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**
>
> (…)
>
> **PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> **El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las 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.
>
> (…)" –Negrillas fuera de texto-

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

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

> "(…)
>
> ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una **pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.**
>
> No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
>
> (…)
>
> PARAGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.
>
> (…)" .

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

"(…)

Art. 3º.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, **la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio**.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (…)" .

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

"(…)

Art. 1º.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su inversión se impute presupuestalmente como funcionario o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, **la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario realizado en hora nocturna o en día de descanso obligatorio.**

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

(…)"

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

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

Sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar las pensiones

regidas por la Ley 33 de 1985, este Despacho desde el comienzo acogió la tesis expuesta por el Consejo de Estado[3], que sostenía:

> "(…)
>
> En cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar esta prestación social, resulta acertada la aplicación del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, cuando señala que la base de liquidación de la pensión está constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario. "... En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."
>
> En otras palabras, **en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley**.
>
> (…)" –Negrillas y subrayas fuera de texto-

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

Por ello, tampoco se admitía que fuese un pagador quien a su arbitrio, determinara los conceptos de las asignaciones que constituían o no factor salarial para calcular las cotizaciones o aportes de pensión; y por el contrario, se mencionaba que en aras de evitar principalmente violación de los derechos de favorabilidad en materia laboral, igualdad y de cualquier otra garantía de rango superior, se debía acudir a la aplicación de principios universales sobre el concepto de salario expuestos en convenios internacionales y en normas nacionales, que se encuentran en armonía con el criterio jurisprudencial antes referido, tales como el Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo - aprobado por la Ley 54 de 1962-, donde en su artículo 1º del numeral 2 se definía el concepto de salario, la Ley 5ª de 1969 en cuyo artículo 2º determinaba lo que debía entenderse por asignación, salario o retribución por labores

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

prestadas o para pensiones y, la garantía constitucional de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de la Carta Superior, para concluir que era viable ***aceptar la inclusión de aquellas sumas que habitual y periódicamente recibiera el funcionario o empleado como retribución de sus servicios para efectos de liquidar estas pensiones****.*

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

Esta última hipótesis, fue convalidada en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el ***4 de agosto 2010***[4]*, en el sentido de señalar que la Ley 33 de 1985 no dispuso de manera taxativa los factores salariales que conformaban la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios o adquisición del estatus pensional, razón por la cual éste Despacho continuó acogiendo el último criterio reseñado, en el sentido de tomar como factor salarial para liquidar las prestaciones a los servidores públicos, la totalidad de los emolumentos devengados durante el último año de servicio, excepto aquellos que por ley no ostentaran tal carácter.*

No obstante lo anterior, se debe precisar que el criterio adoptado en dicha sentencia del 4 de agosto de 2010, fue ***rectificado*** *en el fallo de unificación proferido el* ***28 de agosto de 2018,*** *por la Sala Plena del Consejo de Estado*[5]*, bajo el siguiente razonamiento:*

---

[4] H. Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 25000232500020060750 9-01, Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

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

"(…)

99. **La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; **sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.**

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

(…)"

*Posteriormente, en reciente fallo de unificación proferido el **25 de abril de 2019**[6] el Consejo de Estado sentó su criterio en materia de régimen pensional, específicamente respecto a los docentes, estableciendo:*

"(…)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, **los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62**

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

de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

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

(…)" – Negrilla y subrayado fuera de texto-

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

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

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

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

Por lo tanto, ante la palmaria diferencia entre las personas que acceden a la Ley 33 de 1985 por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y los docentes a quienes se les aplica el primer régimen pensional por vacío normativo de la Ley

91 de 1989, concluyó el Despacho que las citadas sentencias de la Corte Constitucional, no eran aplicables al sub-lite, dado que en estas ningún estudio se efectuó respecto a la aplicación de la Ley 33 de 1985 a los docentes.

De otra parte, se tiene que el plenario Consejo de Estado, a través de la citada sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, acogió el precedente sentado por la Corte Constitucional en las mencionadas sentencias, fijando así en la regla y subregla uno, su posición respecto a los parámetros a tener en cuenta para determinar el IBL de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según las cuales este se debía liquidar de acuerdo a lo establecido en el inciso 3º ídem, o el artículo 21 ibídem, armonizando en este sentido su criterio con el órgano de cierre constitucional; sin embargo, con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2005, a diferencia de la Corte, consideró que los factores salariales a incluir eran sólo aquellos sobre los cuales se hubiese realizado cotizaciones.

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

> "(…)
>
> 95. **La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989[30]. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**
>
> (…)" Subrayas y negrillas fuera de texto-

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

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

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

La regla de ratio establecida en esa providencia fue expresamente modificada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018[7]*. Allí, la máxima Corporación de lo contencioso administrativo fijó dos subreglas, a saber: (i) que el ingreso base de liquidación (IBL) de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 era el establecido en el inciso 3º ídem, o en su defecto, el dispuesto en el artículo 21 ibídem. (ii) Que "(…) los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez* ***de los servidores públicos beneficiarios de la transición*** *son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".*

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

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

Sin embargo, el Despacho consideró que los argumentos de los cuales se sirvió el Consejo de Estado para establecer la ***segunda subregla*** *servían como parámetro interpretativo aplicable a casos como el presente, pues para arribar a dicha conclusión, realizó una interpretación sistemática de la Constitución, particularmente del principio de solidaridad consagrado en los artículos 1º y 48 ibídem, y de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el mencionado artículo 48. A juicio de esa Corporación, la segunda subregla logra un equilibrio entre los principios que entran en colisión, pues al disponer que las pensiones se liquidarán únicamente con los factores salariales sobre los cuales se han efectuado aportes, no se afectan las finanzas del sistema (principio de sostenibilidad financiera), ni se pone en riesgos la garantía del derecho irrenunciable a la pensión (principio de seguridad social[8]).*

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Caso concreto.

4.1. De la reliquidación de la pensión, con inclusión de todos los factores devengados durante su vinculación en el año anterior al retiro del servicio y de los descuentos al sistema pensional sobre los factores salariales que deben ser incluidos.

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

*De acuerdo con las pruebas arrimadas al expediente, se advierte que en la **Resolución No. 12130 del 4 de diciembre de 2018,** proferida por el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG,** a la señora **MATILDE RINCÓN WILCHES** se reconoció la pensión de jubilación en cuantía de $3.524.947 , a partir del 25 de febrero de 2018, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados del año de servicios anterior al cumplimiento del **status de pensionada**, incluyendo como factores salariales la **"asignación básica, sobresueldo, prima especial, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad"***

*Posteriormente, con **Resolución Nº 3718 del 19 de abril de 2022**, se reliquidó dicha pensión de jubilación de la demandante, en un monto del 75% del salario promedio mensual devengado durante el último de servicios a la fecha de su retiro definitivo, en cuantía de $4.049.501, con la inclusión de factores salariales de "**asignación básica, sobresueldo, bonificación mensual, bonificación pedagógica",** con efectividad a partir del **31 de diciembre de 2021**. (fls. 6-7 archivo 05).*

*Está demostrado que a través **E-2022-151834 del 11 de agosto de 2022**, la demandante, a través de apoderado, solicitó ante el **FOMAG,** solicitó revisión y reajuste de la anterior reliquidación de su pensión con la totalidad de los factores*

*salariales devengados en el **año anterior del servicio**, y se efectuara los descuentos a seguridad social sobre los factores (**sueldo, sobresueldo, horas extras, prima especial, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad**) percibidos durante su vinculación.*

*Asimismo, se probó que la entidad demandada BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN con **Resolución N°9339 del 30 de agosto de 2022**, negó el ajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora **MATILDE RINCÓN WILCHES**, argumentando que en dicha reliquidación se dio aplicación a la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, y que revisada la misma, no se encontraron factores adicionales para ser incluidos.*

*También se demostró que con petición radicada bajo el No. **E-2022-156715 del 22 de agosto de 2022** ante la **Secretaría de Educación de Bogotá**, el apoderado de la señora **MATILDE RINCÓN WILCHES**, solicitó efectuar los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales, tales como **sueldo, sobresueldos, horas extras, prima especial, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad,** que devengó la demandante durante su vinculación; y una vez efectuado lo anterior se hicieran los pagos correspondientes al FOMAG.*

*Igualmente, se encuentra probado que con **Oficio N°S-2022-289107 del 3 de septiembre de 2022,** la entidad demandada negó la anterior petición radicada con el **E-2022-156715**, argumentando que los aportes al sistema de seguridad social fueron realizados en la proporción respectiva y de forma oportuna sobre los factores salariales devengados por la docente.*

*Se tiene conforme al Formato Único para Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la señora **MATILDE RINCÓN WILCHES,** en el año anterior al retiro del servicio, es decir, del **30 de diciembre de 2020 al 30 de diciembre de 2021**, devengó los emolumentos de **sueldo, sobresueldo, prima especial, bonificación pedagógica, prima de servicios, bonificación mensual, prima de vacaciones y prima de navidad**.*

De acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional de los docentes

vinculados al servicio oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, ***son los taxativamente enlistados en el artículo 1 de La Ley 62 de 1985****, es decir,* ***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****.*

Por consiguiente y como quiera que la señora ***MATILDE RINCÓN WILCHES****, ingresó al servicio el* ***24 de agosto de 1987,*** *es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores que se le deben tenerse en cuenta son únicamente aquellos señalados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales hubiese efectuado los aportes al sistema general de pensiones.*

En este orden, la totalidad de los factores pretendidos no pueden incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, por cuanto no se hayan dentro de los factores salariales enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Adicionalmente, tampoco resulta viable ordenar a la entidad efectué los descuentos a seguridad social sobre los anteriores emolumentos, pues los mismos no constituyen base de liquidación para los aportes.

Entonces, como en este caso se solicita la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en el año anterior al retiro del servicio es preciso advertir que conforme a la prohibición contenida en el ***Acto Legislativo 01 de 2005*** *y al criterio fijado en la* ***sentencia de unificación del 25 de abril de 2019*** *proferida por el Consejo de Estado, donde se señaló que para liquidar las pensiones del régimen de los docentes solo es viable tener en cuenta* ***aquellos factores salariales sobre los que se hayan realizado aportes o cotizaciones y que este enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985****, Por tal razón, al haberse demostrado que la* ***prima especial, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad,*** *no constituyen factor salarial para liquidar las pensiones de los docentes, este Despacho considera que no hay lugar a ordenar la reliquidación deprecada en los términos solicitados ni los descuentos al sistema pensional sobre tales factores salariales.*

Cabe precisar que aunque el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley,

considerando a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial, no puede olvidarse que, según lo ha sostenido la Corte Constitucional, de acuerdo a ese precepto dichos funcionarios judiciales tienen autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley, entendiendo el concepto de ley desde un sentido amplio, es decir, no solo aquella emitida por el legislador, sino que además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad ***y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción***[10]*.*

En lo que respeta a la jurisdicción contencioso administrativa, la obligatoriedad de observar el precedente por parte del juez, se ve reflejado no solo en el denominado recurso extraordinaria de unificación de jurisprudencia establecido en los artículos 256 a 268 de la Ley 1437 de 2011, el cual procede contra las sentencias que reúnan unas características determinadas, siempre y cuando la sentencia impugnada contrarié o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, sino también en lo previsto en los artículos 10 y 102 ibídem, donde se impone a todas las autoridades el deber de aplicar uniformemente las normas y la jurisprudencia y, de extender los efectos de la misma, al momento de resolver los asuntos de su competencia, en cuyas situaciones se tengan iguales supuestos facticos y jurídicos, para lo cual se exige tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, ello sin perjuicio de observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

En resumen, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, los derechos a la igualdad, los principios de confianza legítima y la coherencia de sistema jurídico, los jueces para resolver los asuntos de su competencia, deben aplicar además de la Ley, el precedente establecido para un determinado caso por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, como ocurre en este asunto, pues dicho precedente esta cimentado en los artículos 230 y 241 de la Constitución Política, pues este se torna obligatorio y vinculante, no solo para las mismas altas cortes sino también para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su

20 En palabras de la Corte Constitucional: "La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión "ley", pues la Constitución se conviene en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía". Cfr. Sentencia C372 de2011 M R. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

aplicación, ya que su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente[11] *que habilita a la interposición de tutela contra providencia judicial.*

Por consiguiente, resulta claro que el acto administrativo acusado respecto a dicho aspecto no es violatorio del orden constitucional y legal, y por ende, conserva su presunción de legalidad, siendo ello razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda en lo relativo a la reliquidación pensional deprecada y los descuentos al sistema pensional sobre los factores salariales.

4. COSTAS

Sobre la condena en costas y agencias de derecho, el Despacho considera que, de acuerdo a la evaluación realizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y, en concordancia con el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, en el presente caso resulta improcedente, en razón a que no se evidenció su causación ni comprobación dentro la actuación surtida en este proceso que amerite la imposición de la misma.

En mérito de lo expuesto, el ***JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.****, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

FALLA

PRIMERO: NEGAR *las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: NO CONDENAR *en costas ni imponer agencias en derecho.*

TERCERO: NOTIFICAR *la presente providencia, conforme a lo expuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).*

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

---

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación numero: 11001-03-15-000- 2016-00103-00(AC), Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

YANIRA PERDOMO OSUNA
Jueza