



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso No.: 11001-33-35-028-2022-00172 00
Demandante: GIOMAR CÁRDENAS ROJAS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ
Asunto: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN FACTORES AL STATUS CON INCLUSIÓN DE FACTORES RESPECTO A LOS CUALES NO SE EFECTUÓ COTIZACIÓN

Procede el Despacho a emitir sentencia anticipada dentro del proceso iniciado por la demandante **Giomar Cárdenas Rojas** identificado con Cédula de ciudadanía No. 39.537.524 de Bogotá, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **Nación Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital-Secretaría de Educación de Bogotá**, previa referencia de los antecedentes de las actuaciones obrantes en el plenario.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones:

La parte demandante, a través de apoderado pretende:

"1. Que previa inaplicación de las frases: "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. " y "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." registradas en el segundo y tercer párrafo del artículo 3^o de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1^o de la Ley 62 de 1985, se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 3845 DE 27 DE JULIO DE 2020, suscrito por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, por medio del cual se reconoce una pensión ordinaria de jubilación sin incluir todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

2. Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial del anterior acto administrativo, declarar que mi mandante tiene derecho a que las entidades demandadas reliquiden la pensión ordinaria de jubilación a partir de 07 DE FEBRERO DE 2019 incluyendo todos los factores salariales devengados durante los DOCE (12) meses anteriores a la adquisición del estatus de pensionado.

3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y/o a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL a reliquidar la pensión ordinaria de jubilación a nombre de mi mandante equivalente al 75% del promedio de todos los salarios, sobresueldos, bonificaciones, primas, vacaciones y en general de todos los factores salariales devengados durante los DOCE (12) meses anteriores a la adquisición del estatus de pensionado.

4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y/o a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL a pagar a mi mandante las diferencias causadas entre la pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución No. 3845 DE 27 DE JULIO DE 2020, y las determinadas luego de la reliquidación, que no se hayan visto afectadas por el fenómeno de la prescripción, ordenando la deducción de los aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción a la parte demandante durante la relación laboral.

5. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y/o a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL a la indexación de los valores de las condenas.

6. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

7. Sean pagadas las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso, de conformidad al artículo 188 del C.P.A.C.A.”¹

2. Hechos

La accionante manifiesta que mediante Resolución No. 3845 del 28 de julio de 2020, la Secretaría de Educación de Bogotá, le reconoció la pensión de jubilación teniendo en cuenta que el estatus los adquirió el 7 de febrero de 2019.

Indica que se incluyó en la base de liquidación pensional los factores de **asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagógica**, pero dejaron de incluirse las **horas extras y las primas especial, servicios, vacaciones y navidad**, que fueron devengados en el último año de servicios.

3. Normas violadas y concepto de violación

Indica como disposiciones legales violadas, la convención américa de derechos humanos a probada en la Ley 16 de 1972 y el protocolo adicional aprobado con la Ley 319 de 1996. También se desconocieron los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 83, 93, 209 de la Constitución de 1991 y el Decreto 1045 de 1978.

Señala que la base de liquidación utilizada en el acto administrativo atacado vulnera el artículo 9º del protocolo adicional de la Convención Americana de los Derechos Humanos, al no incluir todos los factores devengados en el último año

¹ Archivo digital No. 1.

de servicios, pues disminuyen sus ingresos, afectando de esa manera sus condiciones de existencia.

Se afectó de esa manera el principio de la no regresividad en materia pensional y no se procuro el desarrollo progresivo de los derechos sociales.

Advierte que al desconocer la referida convención, desconoce el principio de derecho internacional de “*pacta sunt servanda*”, al afectar los principios de favorabilidad, progresividad, buena fe y confianza legítima.

4. Trámite

Mediante auto del 2 de junio de 2022², se admitió la presente demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo.

Las entidades demandadas dieron contestación oportunamente e incluso intervino de manera especial a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

5. Contestación de la demanda

5.1. Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante escrito radicado el 20 de octubre de 2022³, se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que la demandante debe estarse a lo dispuesto en la sentencia de unificación SUJ-014-CE2-2019 del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Dr. Cesar Palomino Cortes, cuya regla jurisprudencial, indica que refiere que “...*no es posible el reconocimiento de factores sobre los cuales no se realizaron los aportes correspondientes...*”⁴

Con base a la anterior argumentación, sustenta la excepción de mérito denominada “*cobro de lo debido en virtud de la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado, M.P. Cesar Palomino Cortes*”.

5.2. El Secretaría de Educación de Bogotá.

Con escrito radicado el 24 de octubre de 2022⁵, dicha Secretaría se opuso a las pretensiones de la demanda, reiterando que el régimen pensional de los docentes se encuentra regulado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió el régimen general vigente para los servidores públicos y que además el acto legislativo 01 de 2005, modificó el artículo 48 de la Constitución de 1991 y precisó que las pensiones sólo podían reconocerse con base en las cotizaciones efectuadas, por lo que no considera procedente.

² Archivo digital No. 6

³ Fols. 59-64vto

⁴ Archivo digital No. 6 página 4.

⁵ Archivo digital No. 7 página 4.

Con fundamento en lo anterior, propuso la excepción de **“legalidad del acto administrativo acusado”** y también la **“prescripción”**, precisando que debe estudiarse en caso que se acceda a las pretensiones de la demanda.

De otra parte, propuso la excepción de **“falta de legitimación en la causa por pasiva”**, indicando que esta Secretaría actúa por delegación en los términos del artículo 56 de la Ley 962 de 2005. Dicha defensa fue objeto de pronunciamiento en el auto del 15 de diciembre de 2022, pero por tratarse de legitimación material, se dejó para el pronunciamiento en esta oportunidad procesal.

5.3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)

Dicha Agencia actuando por medio del Director de Defensa Jurídica Nacional, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que los factores a tener en cuenta en materia pensional corresponden precisamente a lo señalados de manera taxativa por la Ley 33 de 1985 y sólo aquellos respecto a los cuales se haya efectuado cotizaciones.

Insiste en que debe aplicarse la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado sobre la materia.

Con base en los anteriores argumentos, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. Alegatos de conclusión.

Mediante auto del 15 de diciembre de 2022⁶, se anunció a las partes que se proferiría sentencia anticipada como quiera que no había pruebas que practicar y se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público, para que presentaran sus alegaciones finales y concepto, respectivamente.

Las partes y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio durante la oportunidad legal.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

De conformidad con lo que aparece demostrado en este proceso, el objeto del mismo consiste en determinar si es procedente declarar la nulidad parcial del acto administrativo acusado, y en consecuencia, si la parte demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación.

2. Marco normativo

2.1. De la reliquidación de la pensión de jubilación en el sector docente.

En principio el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, en su inciso 2º, estableció que para los servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarían de

⁶ Archivo digital No. 11

acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio. Disposición que fue aclarada posteriormente por la Ley 6ª de 1946 en donde en su artículo único determinó que para este personal "...la pensión mensual de jubilación equivaldrá al promedio de los sueldos mensuales devengados durante todo el tiempo anterior de servicio requerido."

En lo atinente al monto de la pensión, la Ley 4ª de 1966 reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, preceptuaron en sus artículos 4º y 5º respectivamente, que el promedio a ser tenido en cuenta para el pago pensional, era el equivalente al 75% mensual obtenido en el último año de servicios, sin olvidar que dicho porcentaje debía calcularse teniendo en cuenta todos los emolumentos percibidos por el empleado como retribución al servicio prestado. Porcentaje que mantuvo el Decreto 3135 de 1968⁷ – artículo 27 –, que en lo referente con los requisitos para adquirir la pensión, determinó un tiempo de servicios de 20 años y la edad de 50 años para las mujeres y 55 para los hombres.

Ahora bien, esta última disposición fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969, que en sus artículos 68 y 73 previeron como requisitos para el reconocimiento pensional, además del referido en precedencia: i) 20 años de servicios prestados de forma continua o discontinúa, y la ii) edad de 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres, así como el monto de la pensión en un porcentaje del 75% del promedio "de los salarios y primas de toda especie", devengadas en el último año de servicios, estimando como IBL después de la expedición del Decreto 1045 de 1978⁸ los factores indicados en el artículo 45.⁹

No obstante, las normas anteriormente citadas fueron reformadas por la Ley 33 de 1985,¹⁰ que en el artículo 1º estableció el mismo tiempo de servicios – 20 años continuos o discontinuos – e igual porcentaje del monto de la pensión-, pero respecto de la edad, la unificó en 55 años. Lo anterior, sin olvidar que esta ley no era aplicable: i) a los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir dicha norma hayan cumplido 15 años de servicio para quienes se les aplican las disposiciones que regían con anterioridad; ii) a los que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción legal y aquellos que disfruten de un régimen especial (no se incluían los docentes); y iii) a los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

⁷ "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"

⁸ Este Decreto en su artículo 5º contempló expresamente "Las disposiciones del Decreto-Ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores oficiales. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo de derechos y garantías".

⁹ i) la asignación básica mensual; ii) los gastos de representación y la prima técnica; iii) las horas extras; iv) los auxilios de alimentación y transporte; v) la prima de Navidad; vi) la bonificación por servicios prestados; vii) la prima de servicios; viii) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; ix) los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; x) la prima de vacaciones; xi) el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; y xii) las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968."

¹⁰ **Ley 33 de 1985. Diario Oficial No. 36.856, 13 de febrero 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". Derogó en forma expresa los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita el literal b) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945.

En tal sentido, y si bien con posterioridad el Congreso de la República expidió la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, de lo previsto en dicha norma se advierte que a los docentes **nacionales, nacionalizados o vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, en materia de prestaciones económicas y sociales (pensión ordinaria de jubilación), se les aplica la Ley 33 de 1985, pues así lo indicó el Consejo de Estado en sentencia de 22 de noviembre de 2012, expediente No. 68001-23-31-000-2009-00528-01 (2330-11), C.P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, cuando indicó que “*El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.*”

Debe precisarse además, que en la Ley 812 de 2003¹¹, se dispuso que el régimen prestacional para los docentes que se encontraran vinculados al servicio público educativo, sería el consagrado en las normas anteriores a su vigencia – artículo 81 –, es decir, el previsto en la Ley 91 de 1989 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

En este punto conviene resaltar que ya fue unificada la posición, sobre la naturaleza jurídica del personal docente, para precisar el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso, que se trata de empleados públicos por virtud, especialmente, de la forma en la que se vinculan al servicio educativo, por lo que se trae a colación la siguiente consideración:

*“...81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los define como empleados oficiales¹², lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.” (Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-012 S2 del 18 de julio de 2018, exp.73001-23-33-000-2014-00580-01).*

Luego entonces, el análisis normativo efectuado con antelación permite concluir que el régimen de la pensión de jubilación de los docentes territoriales, nacionales o nacionalizados, es el contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985, que corresponde al régimen legal anterior a que hace referencia el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹³.

¹¹ “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*”

¹² Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

¹³ “**ARTÍCULO 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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. (...).”

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la manera de liquidar el monto de la pensión de jubilación para el caso de los docentes, en principio sería los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes – artículo 3º de la Ley 33 de 1985 –, tales como, *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 días de descanso obligatorio* – artículo 1º Ley 62 de 1985 –.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha unificado los pronunciamientos referentes a los factores que según la Ley 33 de 1985 deben tenerse en cuenta al momento de determinar el IBL pensional de los empleados oficiales, indicando en la sentencia de **4 de agosto de 2010**¹⁴, lo siguiente:

“(…)

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión de la Ley 33 de 1985 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.

(…)”

En este punto resalta el Despacho un cambio jurisprudencial relevante, de incidencia para el cálculo de las pensiones de todos los empleados públicos a quienes aplica el régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993 y para los docentes, en lo que toca a la interpretación de la Ley 33 de 1985, hubo una variante respecto de la sentencia arriba citada, que incide de manera directa en los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de calcular la mesada pensional, al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado, señaló lo siguiente:

*“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***

¹⁴ Consejo de Estado, Sección 2ª, en Sentencia de 04 de agosto de 2010.M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 0112-2009.

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.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”¹⁵ (Resaltado del Despacho).

Como se aprecia, de manera inicial esta Jurisdicción manejó la tesis que todo factor salarial a tomar en consideración al momento de liquidar la pensión era aquel que se ajustara a la definición de salario arriba citada, pero la variante que plantea la nueva sentencia de unificación, que sea de paso decirlo, es de obligatoria observación, es que los factores que han de incluirse en la liquidación conforme a la Ley 33 de 1985, son sólo aquellos respecto de los cuales se acredita aporte a pensión.

Añádase, que dicha sentencia refiere de manera textual que no aplica a los docentes, ni la regla jurisprudencial, ni la primera subregla que se fija allí, consistentes en que para los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace parte del régimen de transición para el cálculo de Ingreso Base de Liquidación (IBL) y deberá tenerse en cuenta para todos los efectos a que haya lugar. Lo anterior, porque a los docentes no les aplica la última Ley mencionada, salvo aquellos que ingresaron al servicio el 26 de junio de 2003, conforme con la Ley 812 de 2003.

Pero si les aplica la **segunda subregla**, que como se ilustró en precedencia modifica la interpretación sobre factores salariales que se tenía con la sentencia del 4 de agosto de 2010, señalándose de manera clara que la misma consiste en: “*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.*”¹⁶

Obsérvese que la misma hace referencia al IBL de pensión de vejez para servidores públicos y puntualmente, en lo que toca a los factores a tomar en consideración se indicó que serían aquellos respecto de los cuales se hubiera efectuado la cotización, disposición jurisprudencial, que si bien se produjo dentro de una sentencia que determina la interpretación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no aplicable a los docentes por disposición del Art. 279 ibidem y vinculados con antelación a la vigencia de la Ley 812 de 2003, advierte el Despacho que lo anterior es la tendencia jurisprudencial a que las pensiones se

¹⁵ Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-CP. Dr. Cesar Palomino Cortés, sentencia del 28 de agosto de 2018, exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹⁶ Ibidem.

liquiden con observancia de los factores por los cuales se efectuó cotización y si bien es cierto, ello conduce a variar la tesis sostenida en estos casos por este Juzgado, frente a la inclusión de otros factores, ello se hace en procura de garantizar la seguridad jurídica, ante la nueva posición adoptada por esta Jurisdicción y la reinterpretación que se le ha dado al tema, que como se ilustró deja de lado la tesis de la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones, respecto de la aplicabilidad de la segunda subregla jurisprudencial, determinada en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, y tomando en consideración que los docentes oficiales, con vinculación anterior a la vigencia de la ley 812 de 2003 no están sujetos al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, C.P César Palomino Cortés, radicado 680012333000020150056901, radicado interno 0935-2017, Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, estableció lo siguiente:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL			
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005			
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985		Régimen pensional de prima media	
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.		Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	
Normativa aplicable		Normativa aplicable	
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 		<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994 	
Requisitos		Requisitos	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003 	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
<u>75%</u>		<u>65% - 85%¹⁷</u> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° de la Ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación 	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión	<ul style="list-style-type: none"> ▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad,

¹⁷ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio <p>(Artículo 1° de la Ley 62 de 1985)</p>	<p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<p>ascensional de capacitación cuando sean factor de salario</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna <p>(Decreto 1158 de 1994)</p>
--	---	---	---

Estas reglas fueron establecidas por el Consejo de Estado, de la siguiente manera:

*“(...) De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. (...)

Ahora bien, en lo que respecta a los efectos temporales de la decisión, el Consejo de Estado, señaló: *“(...)En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.(...)”.*

Como se viene indicando, para el caso de los docentes que se vincularon al servicio antes del 27 de junio de 2003 y que les aplica el régimen pensional dispuesto en la Ley 33 de 1985, sólo se puede incluir en las liquidaciones de sus

mesadas pensionales, los factores salariales respecto a los cuales se hayan efectuado cotizaciones al sistema y que correspondan al listado taxativo señalado en la Ley 62 de 1985, en consonancia con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En reciente jurisprudencia, se precisó sobre los factores salariales a tener en cuenta, lo siguiente:

“...Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. Los servidores que desarrollaron actividades de alto riesgo del DAS, cobijados por los regímenes de transición de que tratan los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003, tienen derecho a que se respeten las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, este es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

2. Los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones aquí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de cotización para pensión. En el caso del personal del DAS de que tratan los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo prevista en este decreto debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley, es decir:

- *En el 40%, desde el 26 de diciembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2007.*
- *En el 50%, desde el 31 de diciembre de 2007 hasta la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades, por disposición del Decreto 4057 de 2011.*

3. Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación son vinculantes en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Los casos decididos conforme a tesis anteriores que venían sosteniendo las Subsecciones A y B de la Sección Segunda respecto de los cuales ha operado la cosa juzgada resultan inmodificables, en virtud del principio de seguridad jurídica.

Tampoco puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en los regímenes de transición de los servidores del DAS, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido u ordenado la reliquidación de la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la ratio decidendi aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de lo previsto en las causales de revisión reguladas en el artículo 250 del CPACA... ”¹⁸

Si bien la sentencia de unificación citada corresponde al régimen pensional de exfuncionarios del extinto DAS, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado precisó que en materia de reliquidación pensional deben tenerse en cuenta los factores salariales, si legalmente correspondía cotizar, pues no es oponible al pensionado el hecho de que no se efectuó la cotización porque la entidad de previsión contaba con la facultad de recobrar las cotizaciones.

Solo entonces en el evento que se demuestre el deber legal de cotización es admisible este tipo de solicitudes de reliquidación sin desconocer el principio de taxatividad de los factores indicados en la Ley y según el régimen que se trate.

Es pertinente anotar, que las sentencias de unificación son de obligatoria observación en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y en esa medida atendiendo la temporalidad señalada por el Consejo de Estado, aplica a aquellos casos que no se hubieran decidido a la fecha en que se profirió.

2.2. Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad

Para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, se destaca que la misma se desprende del artículo 4º de la Constitución de 1991 y tiene como propósito inaplicar una norma o normas de inferior categoría cuando se logra establecer su oposición con lo regulado por la Constitución Política.

En torno al concepto y alcance de este tipo de excepción, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que «es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación No. SUJ-28-CE-S2-2022 de fecha 28 de julio de 2022, expediente No. 25000-23-42-000-2013-02380-01 (2656-2014).

se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella **en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política**.¹⁹

En este sentido, la excepción de inconstitucionalidad consiste en una eficaz herramienta jurídica de protección a los principios de «aplicación directa de la norma fundamental» y de «supremacía constitucional», garantizando (en el caso concreto) la jerarquía, materialidad y aplicación directa de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes normativas.

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa²⁰ o a solicitud de parte, y ha dicho la Corte Constitucional, que esta figura procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:²¹

- 1) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que «de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»;²²
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;²³ o
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento «iusfundamental»²⁴. En otras palabras, «puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales».²⁵

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.²⁶ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la

¹⁹ Sentencia SU-132 de 2013.

²⁰ Sentencia T-808 de 2007.

²¹ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

²² Sentencia T-103 de 2010.

²³ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que «en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»

²⁴ Sentencia T-103 de 2010.

²⁵ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

²⁶ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.”²⁷(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Entonces, la excepción de inconstitucionalidad, hace parte del control difuso de constitucionalidad, que puede ser aplicado por los operadores jurídicos de oficio o a petición de parte y opera cuando resulta **evidente** que la norma que debe aplicarse al caso concreto se opone a los textos constitucionales o afecta derechos fundamentales, cuya inaplicación solo opera *inter partes*, por lo que la norma permanece vigente, sólo que no aplica al caso concreto.

Cabe precisar que de acuerdo con la jurisprudencia, esta excepción opera en cualquiera de los siguientes eventos: *i)* cuando la norma sea contraria a la constitución y no haya sido retirada del ordenamiento jurídico a través de la acción de constitucionalidad o nulidad (según la categoría de la norma), y deba inaplicarse en caso concreto; *ii)* que la norma reproduzca textos legales que hayan sido objeto de declaratoria de inexecutable o nulidad; y *iii)* cuando la aplicación de la norma en el caso concreto pueda generar un perjuicio, que pese a parecer ajustada a la constitución en el caso que se estudia, su aplicación desconocería normas constitucionales.

2.3. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad, hace referencia a la posibilidad que tienen los Jueces de inaplicar normas de derecho interno aplicables a un caso concreto que se consideren contrarias a la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969).

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“13. Ahora bien, con la aprobación y ratificación por parte del Estado colombiano de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el «Pacto de San José» de 1969²⁸, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad²⁹, concepto desarrollado por la Corte IDH el cual quedó resumido en las consideraciones la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile². Veamos:

«[...] Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea,

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección “B”, sentencia del 26 de junio de 2018, con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 11001-03-25-000-01101 (4970-15). **Las citas 29 a 36 provienen del texto jurisprudencial citado.**

²⁸ Colombia aprobó la Convención Americana mediante la Ley 16 de 1972 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH mediante un instrumento de aceptación de fecha 21 de junio de 1985.

²⁹ «La expresión “control de convencionalidad” la propuso el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado a la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, en decisión del 25 de noviembre de 2003»: ENRIQUE GIL BOTERO, *Control de convencionalidad en Colombia*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2019, p. 104.

el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Lo anterior quiere decir que los jueces colombianos deben «realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»²¹, lo cual se fundamenta en los principios del efecto útil de la CADH³⁰ y del principio pacta sunt servanda, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³¹, e igualmente en los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1³² y 2.³³ de la Convención Americana. Sobre este último artículo, se resalta que consagra la obligación de los Estados Partes de adecuar su ordenamiento jurídico a los términos de la CADH, lo cual puede realizarse, ya sea mediante la legislación (en sentido material) o por la aplicación del control difuso de convencionalidad en la solución de casos concretos.

*15. En efecto, se destaca que, al igual que ocurre con el control de constitucionalidad abordado en el acápite anterior, en materia de convencionalidad también existe un sistema mixto de control, en el que, el de carácter concentrado, es competencia **subsidiaria** de la Corte IDH²⁶, y con ocasión de este puede declarar la responsabilidad internacional de los diferentes Estados Partes de la Convención y ordenar modificaciones a su derecho interno con el fin de adecuarlo a dicha norma²⁷⁻²⁸. Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades²⁹ cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos normas nacionales por ser contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos³⁴.*

16. De esta manera, la doctrina del control de convencionalidad se ha consolidado en la jurisprudencia constitucional³⁵ y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se destaca, entre otros, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Gustavo Petro Urrego en contra de la sanción disciplinaria proferida por la Procuraduría General de la Nación, en donde la Sala Plena del Consejo de Estado concluyó que de conformidad con el artículo 23.2 de la CADH³⁶ la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para inhabilitar o restringir derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente, razón por la cual inaplicó normas del Código Disciplinario Único, vigente en la época.»³⁷

De acuerdo con las consideraciones en cita, este control no sólo abarca las normas que componen la Convención Americana de Derechos Humanos sino la

³⁰ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie c, n.º 174, párr. 128, p. 47.

³¹ Según el cual «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

³² CADH, art. 1.1: «Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

³³ CADH, art. 2: «Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

³⁴ Cfr. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, *El control de convencionalidad*, 3.ª ed., Bogotá: Temis, 2017, pp. 109-110.

³⁵ La postura vigente de la Corte Constitucional acerca del control de convencionalidad se puede estudiar en las sentencias C-792 de 2014, C-327 de 2016 y C-659 de 2016, entre otras.

³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 110010325000201400360 00 (1131-2014).

³⁷ Consejo de Estado-Sala Plena, Auto de Unificación del 29 de julio de 2021 con Ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez dentro del expediente No. 110010315000202101175 01. **Las nueve citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

interpretación que de las mismas haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se trata entonces de un cotejo de las normas de derecho interno que aplican al caso frente a las normas convencionales, siendo carga de la parte demandante ilustrar la disconformidad que se alega.

3. CASO CONCRETO

3.1. Cuestión previa-falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá.

Al respecto debe señalarse que si bien es cierto, la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá expidió la Resolución 3845 del 27 de julio de 2020, objeto de este proceso, también lo es que lo hizo en ejercicio de una facultad delegada por el administrador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que lo es el Ministerio de Educación Nacional en compañía de la Fiduciaria La Previsora S.A., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 91 de 1989.

Cabe precisar que la actual facultad delegada se encuentra regulada en el artículo 57 que indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos*

previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.”³⁸ (Negrillas y subrayas del Despacho).

Como se destaca de la norma citada, en materia de pensiones la entidad territorial ejerce una función de proyectar el acto administrativo, el cual es avalado por el administrador del Fondo Nacional de Prestación Sociales del Magisterio y una vez cuente con el aval, es suscrito por el funcionario territorial respectivo, por lo que se trata entonces del ejercicio de una facultad delegada, que no traslada la responsabilidad en la liquidación de la prestación que continúa en cabeza de dicho fondo que en este proceso está representado por el Ministerio de Educación Nacional.

Por lo tanto, en tratándose de la legitimación material advierte el Despacho que con la misma no cuenta la entidad territorial, porque si bien tiene a cargo la liquidación de las prestaciones de los docentes, lo cierto es que corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplir con cualquier orden que se disponga y si ello conduce a la reliquidación pensional, deberá coordinar con la entidad territorial lo propio, pero ésta autónomamente no puede dar cumplimiento a una eventual condena y por lo mismo carece de la legitimación necesaria para atender la presente decisión.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, ha precisado lo siguiente:

“...Por lo anterior, estima el Despacho que la decisión del Tribunal se encuentra ajustada, puesto que a quien le corresponde el pago de las mesadas pensionales de los docentes es a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada para adelantar los trámites respectivos por la Secretaría de Educación del ente territorial al cual haya pertenecido la docente, para el caso, Bucaramanga, sin que en ello tenga participación alguna la voluntad del municipio o de la Secretaría de Educación Municipal.

Dicho en otras palabras, la secretaría de educación del municipio actúa como intermediaria entre el Fomag y el docente solicitante y efectúa el proyecto de acto administrativo bajo las precisas directrices y lineamientos emitidos por el fondo, luego pese a que esta sea quien suscriba el oficio atacado, en ella no recae responsabilidad alguna que justifique su participación en el plenario.”³⁹

³⁸ Ley 1955 de 2019.

³⁹ Consejo de Estado, Auto del 12 de noviembre de 2020 con ponencia del Consejero Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, dentro del expediente No. 68001-23-33-000-2017-01103-01 (1837-2020).

Aplicadas las consideraciones citadas y teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, se declarará probada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, respecto de la entidad territorial demandada.

Vale la pena precisar en este punto que no es necesario pronunciarse sobre las demás excepciones de mérito propuestas denominadas *“legalidad del acto administrativo acusado”* y también la *“prescripción”*, en gracia a la prosperidad de la excepción anteriormente mencionada.

3.2. Reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante.

Como se extrajo del acervo probatorio, la señora Giomar Cárdenas Rojas ingresó al servicio docente, con vinculaciones según año lectivo del 6 de marzo de 1990 al 30 de noviembre de 1990, 21 de enero de 1991 al 30 de noviembre de 1991, 20 de enero de 1992 al 30 de noviembre de 1992 y a partir del 7 de junio de 1993 al 7 de febrero de 2019⁴⁰ (a la fecha no reporta retiro del servicio). Así mismo, se encuentra demostrado que la demandante se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde antes de la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le aplica el régimen pensional establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que no es otro que el régimen general de empleados públicos contemplado en la Ley 33 de 1985 y no puede ser otra, en razón a que la accionante no se encuentra en el régimen de transición que contemplaba el parágrafo 2º del artículo 1º de la última norma mencionada.

En efecto, la accionante acreditó que nació el 7 de febrero de 1964⁴¹ y de acuerdo con la certificación laboral aportada, inició a prestar sus servicios en el Distrital Capital como docente el 6 de marzo de 1990, es decir, estando en vigencia la Ley 33 de 1985.

En este punto conviene anotar, que la parte demandante pretende la nulidad parcial de la Resolución No. 3845 del 27 de julio de 2020 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”*⁴², en razón a que no se dio aplicación en la liquidación de su pensión a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tomando en cuenta los factores allí señalados y no los indicados en el artículo 3º inciso 2º de la Ley 33 de 1985, al considerar que esta última norma es más restrictiva y por lo tanto, se solicita que incluya la totalidad de factores devengados durante el último año anterior al estatus pensional comprendido entre el 8 de febrero de 2018 al 7 de febrero de 2019.

Por lo tanto, la solicitud de dar aplicación al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en lo que hace referencia a la liquidación de la pensión de jubilación desconoce el principio de inescindibilidad, consistente en que debe aplicarse integralmente un cuerpo normativo en este caso la Ley 33 de 1985, que precisa la manera como deben liquidarse las pensiones reconocidas bajo ese régimen, lo que impide

⁴⁰ Archivo digital No. 1 páginas 43 a 47.

⁴¹ Ibidem página 39

⁴² Archivo digital No. 1 páginas 43 a 47.

entonces que se acoja la solicitud de reliquidación con fundamento en la norma inicialmente mencionada.

Por otra parte, observa el Despacho que en la Resolución No. 3845 del 27 de julio de 2020 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”*⁴³, se reconoció la pensión de jubilación tomando en consideración los factores de **asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagogía**, y no se tuvieron en cuenta los factores de **horas extras laboradas y las primas especial, servicios, vacaciones y navidad**.

Luego atendiendo el principio de taxatividad y acudiendo a lo regulado en el artículo 3° inciso 2° de la Ley 33 de 1985, se tiene que los factores salariales respecto a los cuales debió efectuarse cotización que son los siguientes: *“...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...”*⁴⁴.

Aplicada la norma en cita al caso concreto, se observa que la entidad demandada no tuvo en cuenta en la liquidación pensional las horas extras laboradas y certificadas, que, para el caso de la accionante según certificación aportada son las siguientes⁴⁵:

Nº HORAS	DESDE	HASTA	VALOR
40	17/02/2018	16/03/2018	\$ 511.400
40	17/03/2018	23/04/2018	\$ 511.400
32	24/04/2018	18/05/2018	\$ 409.120
36	19/05/2018	15/06/2018	\$ 460.260
36	03/07/2018	29/07/2018	\$ 460.260
40	30/07/2018	28/08/2018	\$ 511.400
40	29/08/2018	25/09/2018	\$ 511.400
30	26/09/2018	24/10/2018	\$ 383.550
40	25/10/2018	23/11/2018	\$ 511.400
34	21/01/2019	12/02/2019	\$ 454.274
40	13/02/2019	12/03/2019	\$ 534.440
40	13/03/2019	10/04/2019	\$ 534.440
40	11/04/2019	16/05/2019	\$ 534.440
40	17/05/2019	14/06/2019	\$ 534.440
28	02/07/2019	21/07/2019	\$ 374.108
36	22/07/2019	20/08/2019	\$ 480.996
40	21/08/2019	17/09/2019	\$ 534.440
40	18/09/2019	21/10/2019	\$ 534.440
40	24/10/2019	22/11/2019	\$ 534.440

Luego las horas extras certificadas se encuentran dentro del interregno de liquidación de la mesada pensional (entre el 8 de febrero de 2018 y el 7 de febrero de 2019) y por lo tanto, deberá reliquidarse la pensión de jubilación de la demandante contemplando dicho factor pro estar taxativamente contemplado en la norma que rige la prestación.

En consecuencia de lo anterior, procede la nulidad parcial deprecada respecto de la Resolución No. 3845 del 27 de julio de 2020 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”*⁴⁶, para que se reliquide la pensión

⁴³ Archivo digital No. 1 páginas 43 a 47.

⁴⁴ Ley 33 de 1985.

⁴⁵ Archivo digital No. 1 páginas 48 a 49.

⁴⁶ Archivo digital No. 1 páginas 43 a 47.

reconocida a la accionante, incluyendo el factor salarial de horas extras que fueron certificadas, al encontrarse enlistado en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y entonces se tendrá por no probada la excepción de mérito denominada “cobro de lo debido en virtud de la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado, M.P. Cesar Palomino Cortes”.

Finalmente, ante la falta de prueba de la cotización y la existencia del deber legal de haberla efectuado, la entidad demandada contará con la facultad de descontar los aportes pensionales respecto de las horas extras causadas en el período de liquidación de la mesada pensional que se indicó en precedencia.

3.3. Procedencia de la excepción de inconstitucionalidad.

Respecto de la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la Ley 33 de 1985 artículo 3° inciso 2°, advierte el Despacho que las normas constitucionales invocadas por la parte accionante no ponen de manifiesto una oposición con la constitución de 1991.

En efecto, la Ley mencionada reguló el régimen pensional de servidores públicos que sigue estando vigente para ciertos grupos de personas como es el caso de los docentes, se trata de un régimen pensional mucho más beneficioso que el de prima media con prestación definida regulado en la Ley 100 de 1993, ya que la pensión es el resultado del 75% promedio de los factores devengados en el último año de servicio, taxativamente señalados en la norma y los que sirvieron para los aportes pensionales en los términos del inciso 3° del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, en cambio, en el régimen general pensional actual, es el promedio de los últimos diez años de servicios y el monto lo es entre el 55% y 65% según el número de semanas cotizadas.

En efecto, la Ley 33 de 1985 se ajusta al artículo 48 de la Constitución de 1991 reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, especialmente, al principio de sostenibilidad financiera pues la pensión debe reconocerse sobre los factores salariales cotizados únicamente.

Y si se revisa también el artículo 53 constitucional, a la accionante se le ha garantizado el acceso a la seguridad social en materia pensional y para nada es desfavorable la liquidación regulada en la Ley 33, que ha sido la norma vigente desde su vinculación al sector docente y con base en la cual se pensiona.

Por lo anterior, no se admite que se alegue desmejora, invocando la aplicación al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que sea de paso decirlo, era aplicable a aquellas pensiones de jubilación amparadas por el Decreto 1848 de 1969, que no contaban con una regulación expresa de factores salariales tomados en consideración para calcular el promedio de la mesada pensional, régimen que no ha sido y no es aplicable a la parte demandante, que como se indicó no se encuentra amparada por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Aunado a lo anterior, la parte demandante no demostró un derecho adquirido o una expectativa legítima de pensionarse bajo otro régimen que le brinde mayores beneficios que la Ley en estudio, por lo que no encuentra asidero que invoque el principio de progresividad y no regresividad.

En suma, no se advierte una oposición de las normas aplicadas en el caso bajo estudio con la Constitución de 1991 y tampoco de la argumentación expuesta por la parte demandante se desprende tal dicho y en consecuencia, no está llamada a prosperar la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad.

3.4. Control de convencionalidad

En la demanda no se invocan fallos de relevancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sugieran que al dar aplicación a la Ley 33 de 1985 en el caso de la demandante, se desconoce el derecho a la seguridad social regulado en el artículo 9º de la Ley 319 de 1996, *“Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988”*, pues allí lo que se exige al Estado parte es que se cuente con una regulación que proteja la vejez y precisamente la normatividad aquí estudiada dispensa esa protección.

No obstante, la demandante incumple con la carga argumentativa que ilustre al Despacho sobre cómo la Ley 33 de 1985 desconoce de manera especial el Protocolo aprobado por la norma mencionada, pues como se ha expuesto su caso no le resulta aplicable el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como se indicó en precedencia.

En conclusión, el Estado Colombiano en este caso ha garantizado las prestaciones que por vejez tiene derecho la accionante y se ha dado aplicación al régimen pensional que regula de manera particular su situación, sin que sea admisible acudir a otras normas, desconocer la obligación legal de cotizar tanto del trabajador como del empleador y tampoco sorprender a este último con una nueva orden de cotización que no estaba expresamente regulada en la Ley aplicable a la accionante.

4. Prescripción

Como quiera que prospera la acción únicamente con el propósito de que se incluyan las horas extras dentro de la liquidación de la mesada pensional, debe decirse que en este caso no ha operado la prescripción, pues la pensión fue reconocida el 27 de julio de 2020 y la demanda se presentó el 25 de mayo de 2022, por lo que no han transcurrido más de tres (3) años contados desde la fecha inicialmente anotada.

Puestas así las cosas, se reconocerán las diferencias pensionales que resulten con la inclusión del factor salarial horas extras, a partir de la fecha de efectividad de la pensión, esto es el **8 de febrero de 2019**.

Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante durante cada mesada pensional que no se liquidó de acuerdo al régimen aquí reconocido, por el guarismo que resulte 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 vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

5. Condena en costas

Finalmente, no se condenará en costas a la parte vencida, como quiera que no aparece prueba de su causación conforme con el numeral 8° del artículo Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO: **DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, conforme con lo expuesto.

No es necesario el pronunciamiento sobre las excepciones de mérito propuestas por la entidad mencionada denominadas *“legalidad del acto administrativo acusado”* y *“prescripción”*, en gracia a la prosperidad de la defensa antedicha.

SEGUNDO: **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de mérito denominada *“cobro de lo debido en virtud de la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado, M.P. Cesar Palomino Cortes”*, propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme con las consideraciones precedentes.

TERCERO: **DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 3845 del 27 de julio de 2020 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”*, como ha quedado expuesto.

CUARTO: **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** a lo siguiente:

- a) **RELIQUIDAR** la mesada pensional de la señora **Giomar Cárdenas Rojas** identificado con Cédula de ciudadanía No. 39.537.524 de Bogotá, dando aplicación a la Ley 33 de 1985, como se hizo, pero tomando en consideración además de los factores salariales ya incluidos, el factor de horas extras que se certificaron para el período comprendido entre el 8 de febrero de 2018 y el 7 de febrero de 2019.
- b) **RECONOCER Y PAGAR** a favor de la demandante, las diferencias que resulten a su favor respecto de la reliquidación ordenada, teniendo como fecha de efectividad el 8 de febrero de 2019.
- c) Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante durante cada mesada pensional que no se liquidó de acuerdo al régimen aquí reconocido, por el guarismo que resulte 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 vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

- d) **AUTORIZAR** a la entidad demandada a que efectúe los descuentos por aportes pensionales, respecto de las horas extras certificadas para el período antes anotado, en caso tal que dichos descuentos no se hubieran realizado oportunamente.

QUINTO: **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: **Negar** las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: No condenar en costas a la entidad demandada de acuerdo con las consideraciones de la presente sentencia.

OCTAVO: En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:

Monica Lorena Sanchez Romero

Juez

Juzgado Administrativo

028

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **14e6f0f8b80d196a1d2ae911c66d87c16a576cb594893044011f4f23885767d4**

Documento generado en 26/04/2023 03:57:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>