

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2016-00400-00
DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO LEÓN LEÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTRO.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora MARÍA CONSUELO LEÓN LEÓN, identificada con C.C. N°. 20.736.064 expedida en Madrid – Cundinamarca, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA –, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

“1. Se declare la nulidad de la Resolución N°. 1121 del 25 de febrero de 2016, expedida por LA DIRECTORA DE TALENTO HUMANO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la cual niega una revisión de la Pensión de Jubilación a mi poderdante.

2. Se declare que la señora MARÍA CONSUELO LEÓN LEÓN, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, le reconozca y pague, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la pensión vitalicia de jubilación, a partir del día que cumplió sus status de pensionado, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios, CON TODOS LOS FACTORES SALARIALES ACREDITADOS incluidos la prima especial, prima de servicios, prima de vacaciones, derivada de la ley 4ª de 1966, artículo 4º; Decreto 1743 de 1966, artículo 5º; Ley 91 de 1989; Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003, artículo 81 y demás normas aplicables a los docentes.

3. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional a pagar, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de mi mandante, el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionada, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.

4. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

5. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

6. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“(…)

- 1. Mi poderdante cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para la Pensión de Jubilación, laborando al servicio de la educación oficial en el municipio de Bogotá, afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*
- 2. LA DIRECTORA DE TALENTO HUMANO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante Resolución N°.*

6182 del 04 de noviembre de 2015, reconoció la Pensión Vitalicia de Jubilación a la docente que apodero solamente con la Asignación básica y prima de vacaciones, desestimando los factores salariales de Prima Especial, Prima de Servicio y Prima de Navidad.

3. *Con radicado N°. 2015-PENS- 074158 del 15 de diciembre de 2015, mi poderdante solicitó a LA DIRECTORA DE TALENTO HUMANO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la revisión de la Pensión Vitalicia de Jubilación.*

4. *Mediante Resolución N°. 1121 del 25 de febrero de febrero de 2016 , LA DIRECTORA DE TALENTO HUMANO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, niega revisión de la pensión de jubilación.*

(...)”

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1º, 2º, 4º, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 136 de la Constitución Política.

De orden Legal: Artículo 15 numeral 1 inciso 1 y artículo 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989; artículo 7 del Decreto 2563 de 1990; artículo 3 del Decreto- Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 2 y artículo 12 de la Ley 4 de 1992, artículo 1 del decreto reglamentario 1440 del 1 de septiembre de 1992; artículo 115 y 180 de la Ley 114 de 1994, Ley 65 de 1946; artículo 4 de la Ley a de 1966; artículo 5 del Decreto 1743 de 1966; artículo 1 parágrafo 2 de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6 de 1945; decreto 1045 de 1978, artículo 45; artículo 81 de la Ley 812 del 2003.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- La demandante a la luz de las normas que rigen el régimen especial pensional docente cumplió con los requisitos exigidos, edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales.

- El acto administrativo acusado sin ninguna justificación no incluyó a la demandante la totalidad de los factores salariales en su liquidación para determinar su mesada pensional, con claro desconocimiento de la norma que ordena que se le debe aplicar el régimen prestacional anterior.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El FOMAG en memorial visible a folios 40-47, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifiesta, en síntesis, que de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente dicha entidad no es la encargada de efectuar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante, por ello, solicita se declare probada la excepción de falta de legitimación por pasiva.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem. Igualmente, en dicha audiencia se resolvieron las excepciones, entre ellas, la falta de legitimación por pasiva, la cual se declaró no probada.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reitera todos y cada uno de los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Solicita no se condene en costas.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio que *“La controversia suscitada se origina a determinar la legalidad de la Resolución N°: 1121 de 25 de febrero de 2016, a través de la cual la entidad demandada negó a la accionante un reajuste sobre la pensión de jubilación que percibe la demandante.*

Luego el problema jurídico se contrae a establecer si la señora MARÍA CONSUELO LEÓN LEÓN, tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicios.”.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Mediante Resolución N°. 6182 de 04 de noviembre de 2015¹, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación a la señora María Consuelo León León, efectiva a partir del 04 de noviembre de 2015. En dicho acto administrativo de reconocimiento pensional, el FOMAG tuvo en cuenta para efectos de liquidar la pensión solo la asignación básica y la prima de vacaciones.

¹ Folios 5-8.

- La señora María Consuelo León, el día 15 de diciembre de 2015², presentó derecho de petición ante la entidad demandada, en el cual solicitó la revisión de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores de salario certificados durante el último año de servicio.
- La entidad demandada mediante resolución N°. 1121 de 25 de febrero de 2016³, resolvió de manera desfavorable la petición de la demandante, para lo cual indicó que Fiduciaria la Previsora negó la reliquidación de la pensión que percibe la señora María Consuelo León León.
- Según certificación emitida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 9), la señora María Consuelo León León durante el año anterior a la adquisición del status pensional (01 de abril de 2014 – 30 de marzo de 2015) devengó los siguientes factores salariales: Sueldo, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 Régimen Pensional Docente

En cuanto al régimen pensional de los docentes, se debe precisar que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales pues tenían la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), además podían gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso pensión gracia y pensión de invalidez, sin

² Según se observa en el considerando primero de la resolución N°. 1121 de 25 de febrero de 2016 (folio 3).

³ Folio 3.

embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, Ley 100 de 1993 (Art.279), Ley 60 de 1993 (Art.6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores, de donde se concluye que cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

No obstante, en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado⁴ en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

“(…)

Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria.

(…) (Negrita del Despacho).

De lo anterior, se concluye que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación, por ello, se les aplica el régimen pensional de los servidores públicos, como lo señaló el H. Consejo de Estado, de tal manera, que se concluye que el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es imperioso concluir que la pensión de jubilación de los docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado, modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978; y con anterioridad no se había previsto régimen de pensiones especial para los docentes, distinto a la pensión gracia que no cobija a los docentes nacionales.

2.3.2 Del régimen de transición, y de la reliquidación pensional, marco normativo y jurisprudencial.

La Ley 6 de 1945⁵ en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años de edad y 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiese ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966⁶, "*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*", incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

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

⁵ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

⁶ **ARTICULO 4o.** A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

(...)” (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

*“Artículo 73°.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidas** en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.). (Negrita del Despacho)”*

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978⁷, dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, *“todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios”*⁸.

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

“Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y

⁷ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”.

⁸ Artículo 42°.- *De otros factores de salario.* Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) 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;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”*

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁹, se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

“Art. 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión 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.

....

Parágrafo 2º: Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando

⁹ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”.

cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Cuando a la fecha de entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad, y 3) Cuando los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**¹⁰, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como del Consejo de Estado, ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

En este punto, el Despacho considera importante citar la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹ en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema precisó lo siguiente:

¹⁰ "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985"

¹¹ Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)
Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069):

*“(…) **reiterando** que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones”. (...) **apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales**, arribando a la conclusión **que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**” (Negrita del Despacho).*

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

*“**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación

del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (...)" (Subraya y Negrita del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

A su turno el Acto Legislativo No 1 de 2005 estableció entre otras cosas lo siguiente:

" (...) Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

"Parágrafo transitorio 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)".

Lo anterior implica que el régimen de transición fue limitado en el tiempo por el Acto Legislativo 1 de 2005, sin que pueda extenderse más allá del 31 de julio de 2010, estableciendo una excepción a dicho límite y es para quienes a la fecha de

entrada en vigencia del Acto Legislativo No 1 de 2005¹² tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el 31 de diciembre del año 2014.

Luego, para aquellos servidores del Estado que estando en procura del reconocimiento pensional al amparo del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe verificarse el tiempo de servicios o de semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 fecha en que entro en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2005, que como mínimo el constituyente señalo en 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio que lo será catorce años, cinco meses y quince días.

3. Caso Concreto

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora María Consuelo León León prestó sus servicios como docente entre el 31 de octubre de 1978 al 10 de septiembre de 1984 al servicio de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, periodo en el que conto con una licencia no remunerada por noventa días, y desde 10 de marzo de 1988 hasta el 30 de marzo de 2015 en la Secretaría de Educación de Cundinamarca, y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), tenía treinta y cuatro años de edad, toda vez que nació el 30 de marzo de 1960¹³ y menos de 15 años de servicio, según los tiempos de servicio que se reportan de la siguiente manera:

ENTIDAD DONDE LABORO	Fecha ingreso	Fecha corte	Total días
Secretaria de educación de Cundinamarca	31/07/1978	10/09/1984	2.201 90 licencia
Secretaria de educación de Bogotá	10/03/1988	30/11/1988	261
	16/01/1989	03/12/1989	318
	22/01/1990	22/05/1990	121
Secretaría de educación de Bogotá	22/05/1990	30/03/2015	8948

De lo anterior se infiere que a la demandante no le resulta aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y menos aún puede

¹² Rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

¹³ Según se observa en la fotocopia del documento de identidad aportado (folio 2).

pensarse que contaba con mínimo las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 que habla el Acto Legislativo 1 de 2005 en virtud de ello, no es posible reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por ella durante el último año de servicios.

Lo anterior, por cuanto, si bien el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 determina que la pensión de los docentes que se hubieren vinculado con anterioridad al 01 de enero de 1990, como lo es, el caso de la demandante – quien se vinculó con la Secretaría de Educación de Cundinamarca desde el año 1978 -; tendrían derecho al reconocimiento de una pensión de vejez equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios una vez cumplieran los requisitos fijados en la ley (Régimen vigente para los empleados públicos – Leyes 33 y 62 de 1985 -); sin embargo, el artículo 2º del Decreto 2341 de 2003¹⁴, establece de manera clara que el IBL de los docentes será el contenido en el Decreto 1158 de 1994 y demás normas que lo modifiquen o aclaren.

Aunado a lo anterior, el párrafo 4º transitorio del artículo 48 de la Constitución Nacional (modificado por el acto legislativo 01 de 2005), respecto del límite temporal del régimen de transición contenido en la ley 100 de 1993, determinó lo siguiente:

“Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

La lectura de la norma precitada evidencia que el límite temporal del régimen era el 31 de diciembre de 2014 en el entendido que se cumpliera el requisito de las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, por ello, y como quiera que la demandante no solo para la referida fecha no contaba con las 750 semanas cotizadas y adquirió el estatus pensional el 30 de marzo de 2015 la pensión de

¹⁴ Dicha norma se refiere aquellos docentes que no sean beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en caso de serlo, se deberá reconocer la pensión de jubilación de conformidad con aquel, incluyéndose, por tanto, el IBL de dicho régimen, esto es, el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional. Se precisa que en caso de los docentes la aplicación del régimen pensional contenido en las leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989 opera por virtud de la ley (inciso 1º art. 81 ley 812-2003), y no como consecuencia del régimen de transición.

la demandante le fue reconocida a partir del 01 de abril de 2015, se deduce que a aquella no le era aplicable el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, al no ser la accionante beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, su pensión debe reconocerse de conformidad con lo dispuesto en las leyes 91 de 1989, 33 y 62 de 1985; sin embargo, el Ingreso base de liquidación será el previsto en el Decreto 1158 de 1994, por lo tanto, solo pueden computarse los factores salariales allí contenidos.

De conformidad con lo expuesto, y atendiendo que las primas de navidad, servicios y especial no están contenidas en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994¹⁵ como factores salariales constitutivos para calcular la pensión de vejez, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que dado el régimen legal vigente aplicable a la accionante, el IBL debe liquidarse solamente con los factores enunciados en dicha norma.

En consecuencia, el acto administrativo acusado se ajustó a ley y la constitución, razón por la cual, la presunción de legalidad que sobre este recae se mantendrá incólume, en tal virtud, las pretensiones de la demanda deberán negarse.

3.2 Costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo

¹⁵ ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados.

previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹⁶ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

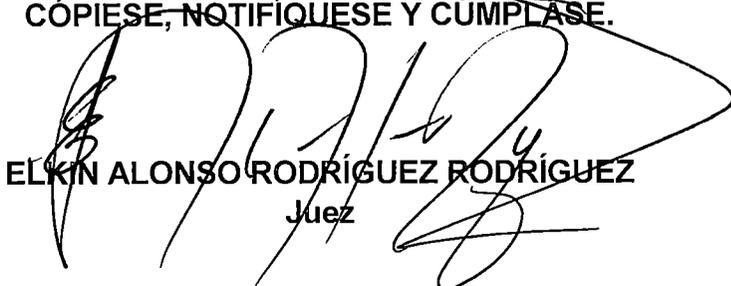
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No hay lugar a la condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez