

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020).

**EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2018-00404-00**  
**DEMANDANTE: JOSÉ JORGE PINILLA SÁENZ**  
**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**

El señor José Jorge Pinilla Sáenz, identificado con C.C. N°. 19.555.558, 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 de formularon las siguientes:

"(...)

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N°. 4051 de 05 de octubre de 2016, suscrita por el Doctor ÁNGEL PÉREZ MARTÍNEZ, Subdirector Administrativo, y declarar la nulidad parcial de la RESOLUCIÓN N°. 3998 de 19 de mayo de 2017, suscrita por la Doctora CELMIRA MARTÍN LIZARAZO, Directora de Talento Humano, en cuanto le reconocieron a mi representado la PENSIÓN DE JUBILACIÓN y RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, respectivamente, y calcularon la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales en el último año de servicios al cumplimiento del status de pensionado y calcularon la reliquidación pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del retiro definitivo del cargo.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria Jubilación, a partir del 10 de mayo de 2006, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió su status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación de mi representado.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una pensión a mi mandante, a partir del 10 de mayo de 2006, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una pensión a mi mandante, a partir del 14 de septiembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales durante los 12 meses anteriores al momento en que se retiró definitivamente del cargo, que son los que constituyen la base de reliquidación pensional de mi representado.
3. Que del valor reconocido se le descuenta lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución 4051 de 05 de octubre de 2006, suscrita por el Doctor ÁNGEL PÉREZ MARTÍNEZ, Subdirector Administrativo, y RESOLUCIÓN N°. 3998 de 19 de mayo de 2017, suscrita por la Doctora CELMIRA MARTÍN LIZARAZO, Directora de Talento Humano, que reconoció la pensión de jubilación y la reliquidación de la pensión de jubilación.
4. Ordenar a LA NACIÓN – MINSITERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida,

*aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.*

5. *Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A.)*
7. *Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con la constitución y la ley tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.*
8. *Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.*
9. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 DEL Código de Procedimiento Administrativo.*
10. *Que de las sumas que resultaren a favor de mi mandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada”.*

### **1.1.2 Fundamento fáctico**

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

*“PRIMERO: Mi poderdante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por esa entidad.*

*SEGUNDO: La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS Y DEMÁS FACTORES SALARIALES PERCIBIDOS por la actividad docente durante el último año de servicios anterior a adquirir el último año de servicios anterior a adquirir el status jurídico de pensionado  
(...)*

*CUARTO: Mi poderdante es retirado definitivamente del servicio a partir del 14 de septiembre de 2016, como consta en el Decreto 4999 de 14 de julio de 2016, fecha a partir de la cual debe ser reliquidada su mesada pensional por retiro definitivo”.*

### **1.1.3. Normas violadas.**

**De orden legal y reglamentario:** Artículo 15 numeral de la Ley 91 de 1989; artículo 1º Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

### **1.1.4 Concepto de violación<sup>1</sup>**

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Arguye que el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, aquel será el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, pero si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, estos están bajo el régimen de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, manifiesta que al demandante se le debe aplicar el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989, y, por tanto, la pensión de jubilación tiene que reconocerse en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

## **1.2. TRÁMITE PROCESAL**

### **1.2.1 Contestación de la demanda<sup>2</sup>**

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su oposición, la entidad demandada precisó que el régimen prestación de los docentes vinculados al servicio educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 33 y 62 de 1985. En consecuencia, la pensión

---

<sup>1</sup> Folios 13-20.

<sup>2</sup> Folios 88-92.

debe ajustarse no solo a lo allí estipulado sino también al precedente judicial sobre la reliquidación pensional establecido en la sentencia de unificación proferida dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, del 28 de agosto de 2018, en la que se determina que los factores salariales que deben tenerse en cuenta a fin de liquidar la pensión de los docentes, son solo aquellos que sobre los cuales se hubieren realizado aportes.

### **1.2.2 Audiencia Inicial<sup>3</sup>**

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

### **1.2.3. Audiencia de pruebas<sup>4</sup>**

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

### **1.2.4 Alegatos**

Se presentaron en forma escrita, así:

**Parte demandante<sup>5</sup>:** Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. En consecuencia, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

**La parte demandada<sup>6</sup>:** Ratificó los fundamentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Además, solicita se dé aplicación a la sentencia de 25 de abril de 2019, emanada del Consejo de Estado, Exp. N°: 680011233300020150056901, en la cual se indicó que no era procedente aplicar a los docentes el precedente contenido en la sentencia de 25 de agosto de 2018

---

<sup>3</sup> Folios 118-122.

<sup>4</sup> Folios 129-131 y 149-151.

<sup>5</sup> Folios 152-158.

<sup>6</sup> Folios 159-160.

(citada en la contestación de la demanda), y se determinó que no es posible el reconocimiento o la reliquidación de la pensión de jubilación con factores salariales sobre los cuales no se realizaron cotizaciones. En virtud de ello, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

**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, en el caso *sub examine* se contrae a determinar: Si el señor José Jorge Pinilla Sáenz 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 salariales devengados en el último año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, esto es, al 1º de mayo de 2006, y con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio, esto es, a partir del 14 de septiembre de 2016.

### **2.2 Hechos probados**

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

- Mediante Resolución N°. 004051 de 05 de octubre de 2006<sup>7</sup>, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación al señor José Jorge Pinilla Sáenz, efectiva a partir del 11 de mayo de 2006. En dicho acto administrativo el FOMAG tuvo en cuenta para efectos de liquidar la pensión los siguientes factores salariales: Asignación Básica, el Sobresueldo y Compensación horas.

---

<sup>7</sup> Folios 5-7.

- Por retiro definitivo del servicio, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidó la pensión de jubilación del demandante, a través de Resolución N°. 3998 de 19 de mayo de 2017<sup>8</sup>. Allí se tuvo en cuenta los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Sobresueldo, Prima de Alimentación, Prima de Habitación, Auxilio de Movilización, Sobresueldo Doble, Bonificación Decreto, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad.
- Según certificación emitida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 137), el señor José Jorge Pinilla Sáenz, durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, devengó los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Sobresueldo, Prima de Alimentación, Prima de Habitación, Sobresueldo Doble, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad.
- Según certificación emitida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folios 138-139), el señor José Jorge Pinilla Sáenz, durante el año anterior a la fecha del retiro del servicio, devengó los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Sobresueldo, Prima de Alimentación, Prima de Habitación, Auxilio de Movilización, Sobresueldo Doble, Bonificación Decreto, Prima de Servicios, 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

---

<sup>8</sup> Folios 8-9.

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 Jubilación o invalidez, sin embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Si bien el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación. Las Leyes 91 de 1989, el artículo 279<sup>9</sup> de la Ley 100 de 1993, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, el artículo 81<sup>10</sup> de la Ley 812 de 2003 han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores, de donde se concluye que cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

---

<sup>9</sup> **ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.** *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

*<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

<sup>10</sup> **ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)*

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993<sup>11</sup> dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además, que “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley...”.

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 Estado, 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. (...)”<sup>12</sup> (Énfasis agregado).**

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

<sup>11</sup> Artículo 6º.

<sup>12</sup> CE, SCA, S2, SS “B”, Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08.

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.

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.

Por último, valga recordar que si el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación en virtud de lo señalado en el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

### **2.3.2 De la reliquidación pensional – Régimen de transición.**

La Ley 6 de 1945<sup>13</sup>, en el 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.

---

<sup>13</sup> "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966<sup>14</sup>, “*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(...)”** (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 1978<sup>15</sup>, dispuso que son factores

<sup>14</sup> **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.

<sup>15</sup> “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.”.

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*"<sup>16</sup>.

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 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 inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985<sup>17</sup>, 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.

---

<sup>16</sup> **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

<sup>17</sup> "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."

El artículo 1° 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 2°: 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 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 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**<sup>18</sup>, 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

---

<sup>18</sup> "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985"

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 Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema precisó lo siguiente:

**“(...) 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”<sup>19</sup> (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

<sup>19</sup> Concepto de 16 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).

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 hiciera 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. (...)~~ (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 (...)" (Negrita del Despacho).

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 N°. 1 de 2005<sup>20</sup> 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.

La Sala Plena del H. Consejo de Estado determinó la fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición y sentó la siguiente regla jurisprudencial: **"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985"**.

Frente a esta regla señaló que esta no cobija a los docentes afiliados al FOMAG, pues aquellos quedaron excluidos de la aplicación del régimen pensional previsto en el "Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989<sup>21</sup>. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**" Y, agregó que a los docentes vinculados "con posterioridad al 26 de

<sup>20</sup> Rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

<sup>21</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".

junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).”

Así las cosas, frente a los docentes afiliados al Fondo de Nacional de Prestaciones del Magisterio no aplican las subreglas fijadas en la sentencia de unificación jurisprudencial antes citada. Igualmente, se tiene que los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de expedición de la Ley 812 de 2003, debe aplicársele el régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993, salvo el requisito de edad, que será de 57 años.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, de 25 de abril de 2019, precisó que a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, quienes gozan del mismo régimen pensional de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar la pensión teniendo en cuenta los factores sobre los cuales haya efectuado aportes a pensión y que estuvieren enlistados en la Ley 62 de 1985. De manera que no se les puede incluir otros factores que no estén allí contemplados.

Asimismo, en la mencionada providencia de unificación, determinó que los docentes vinculados con posteridad a la Ley 812 de 2003, se les aplica el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo la edad, que será de 57 años de edad para hombres y mujeres.

### **3. Caso Concreto**

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el demandante se vinculó como docente a la Secretaría de Educación de Bogotá, a partir del 24 de febrero de 1971, prestando sus servicios durante más de 20 años a dicha entidad. Igualmente, se acreditó que el señor José Jorge Pinilla Sáenz adquirió su estatus pensional el día 10 de mayo de 2006.

Asimismo, se demostró que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, mediante la Resolución N°. 004051 de 05 de octubre de 2006, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor José Jorge pinilla Sáenz, para lo cual se tuvo como factores que hacen parte del IBL:

la asignación básica, el sobresueldo y la compensación por horas (sobresueldo doble), toda vez que fueron devengados por el demandante durante el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.

Se precisa que, si bien, la entidad demandada omitió incluir la prima de alimentación y la prima de vacaciones, factores sobre los cuales se realizaron aportes a pensión, dichos emolumentos no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985. De modo que, según lo expuesto en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, de 25 de abril de 2019, no es posible su inclusión para liquidar la pensión, comoquiera que no están incluidos expresamente en la Ley 62 de 1985.

Ahora bien, la pensión de jubilación reconocida al señor José Jorge Pinilla Sáenz fue reliquidada, por retiro definitivo del servicio, a través de la Resolución N°. 3998 de 19 de mayo de 2017. Allí se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Sobresueldo, Prima de Alimentación, Prima de Habitación, Auxilio de Movilización, Sobresueldo Doble, Bonificación Decreto, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad.

Según consta en certificado de sueldos expedido por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folios 138.139), se observa que el señor José Jorge Pinilla Saéenz, durante el año anterior al retiro del servicio, cotizó sobre los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Sobresueldo, Prima de Alimentación, Prima de Habitación, Auxilio de Movilización, Sobresueldo Doble, Bonificación Decreto, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad.

Así las cosas, advierte el Despacho que la entidad demandada no vulneró el ordenamiento jurídico, toda vez que incluyó en la liquidación pensional todos los factores salariales sobre los cuales efectuó aportes al señor José Jorge Pinilla Sáenz en el último año de servicios anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio. Incluso, aquellos respecto de los cuales no se hicieron aportes para pensión como lo son la prima de navidad y la bonificación decreto.

En consecuencia, no le asiste el derecho al demandante que se le reliquide su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 en concordancia con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

## **Decisión.**

En conclusión, se encontró demostrado que el demandante le fue reconocida su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales cotizados en el último año, incluso aquellos sobre los cuales no se realizaron aportes.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda, razón con por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se mantendrá incólume.

## **Condena en 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 los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”<sup>22</sup>.

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

Si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

---

<sup>22</sup> Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Así que de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas (gastos del proceso y agencias en derecho) en esta instancia, comoquiera que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, como tampoco se encuentran probadas en el proceso.

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

### FALLA

**PRIMERO.** DENEGAR las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.** No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO.** Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

**CUARTO.** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

Juez