



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICADO : 11001333501220130015600

DEMANDANTE: BERTHA CECILIA MELO SALCEDO

*DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES EL MAGISTERIO*

**ACTA No. 180- 17
AUDIENCIA DE PRUEBAS Y JUZGAMIENTO
ART. 182 DE LA LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los veintinueve días del mes de junio de dos mil diecisiete siendo la hora de las dos y treinta de la tarde, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Profesional Universitario, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 037 de la sede Judicial CAN, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES.

APODERADA PARTE DEMANDANTE. DEISSY GISSELLE BEJARANO HAMON.

ETAPA I: DECRETO DE PRUEBAS

Mediante auto del 26 de mayo de 2016 se consideró necesario decretar pruebas para mejor proveer, requiriendo a la Secretaría de Educación del Distrito para allegara la siguiente información:

- i) Los antecedentes Administrativos de la demandante.*
- ii) La certificación de la fecha de retiro como docente junto con los factores salariales devengados entre el 01 de marzo de 2008 al 01 el abril de 2009.*

La citada documentación fue aportada al proceso mediante memoriales del 09 y 22 de junio de 2017.

Por lo tanto, se incorporan al proceso y tendrán al igual que los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda y contestación.

De otra parte, teniendo en cuenta el memorial presentado por la señora JANINE PARADA DUVAN, Profesional Especializada del Fondo de Prestaciones de Bogotá, mediante el cual allega al proceso las pruebas solicitadas y explica sucintamente las razones por las cuales no se aportó dentro del término la documentación solicitada, esta judicatura se abstiene de continuar con el trámite incidental por desacato a orden judicial contra la citada funcionaria, dispuesto en la audiencia del 25 de mayo de 2017.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

ETAPA VII FALLO

En razón a que nos ocupa un asunto de puro derecho, y que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si la demandante tiene derecho a que se incluyan todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, para la liquidación de su pensión.

CONSIDERACIONES

El régimen pensional de los docentes.

En relación con el régimen pensional, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que los docentes no cuentan con un régimen especial de pensiones de jubilación.¹

¹ Ver entre otras decisiones: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.--- H. Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá.

Aclara la máxima Corporación que si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establece 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), 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,- lo cierto es que no contempla normas especiales sobre edad, tiempo de servicio y cuantía de las mesadas.

“Una vez examinada la Ley 812 de 2003 en su artículo 81, sus Decretos Reglamentarios 2341 y 3752 de 2003, así como el Decreto Extraordinario 2277 de 1999 y, las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, se advierte que tales disposiciones no establecen sobre qué factores se hacen los aportes correspondientes a la pensión ordinaria de jubilación de los docentes.”

Así las cosas y toda vez que el artículo 81² de la Ley 812 de 2003, nos remite a las disposiciones relativas al régimen prestacional de los docentes que regían con anterioridad a su entrada en vigencia, ratificando lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es del caso examinar lo previsto por las Leyes 33 y 62 de 1985, por corresponder al régimen general aplicable en relación con la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, pues es claro que en esta materia los mismos no gozan de ninguna especialidad en su tratamiento³.

“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

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

³ Al respecto, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia del veintitrés (23) de febrero de 2006, M.P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante, Radicación Interna No. 1406-04.

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 (...)"

El régimen pensional de los servidores públicos

La Ley 100 de 1993 instauró un Sistema de Seguridad Social que derogó la mayoría de regímenes pensionales anteriores a su vigencia. El nuevo régimen modificó los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que deben cumplir las personas para pensionarse.

Sin embargo, el artículo 36 de esta ley permite que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), tuvieran 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 puedan pensionarse aplicando en su integridad el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, lo que se conoce como régimen de transición.

Régimen de transición

Se encuentra consagrado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"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 se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios."

Factores a incluir en la liquidación pensional

Como la actora pretende el reconocimiento de su pensión bajo el régimen de la ley 33 de 1985, debe acudir a la ley 62 de 1985 que contempla los factores que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión.

Es importante señalar que Según sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) la enumeración que hace la Ley 62 de 1985 no es taxativa, sino enunciativa, "bajo el entendido que son factores de salario, aquellas sumas que percibe el

servidor de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.”

En este orden de ideas, deben tenerse también como factores salariales los previstos en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, -normas aplicables al régimen pensional del sector público vigente con anterioridad a la ley 33 de 1985-, que pese a encontrarse derogados sirvieron de parámetro orientador para que jurisprudencialmente se les reconociera dicho carácter.

LEY 62 DE 1985 (listado de factores para el régimen de los servidores públicos señalado en la ley 33 de 1985)	Listado de factores para régimen de los servidores públicas, anteriores al régimen de la ley 33 de 1985 (Decretos 1045 y 1042 de 1978 del mismo año durante su vigencia)
Asignación Básica,	La asignación básica mensual; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal a) y (Decreto 1042 de 1978 (Art.42)
Gastos de Representación,	Los gastos de representación (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal b)
Primas de antigüedad,	
Prima técnica	La prima técnica (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal c)
Prima ascensional	
Prima de capacitación	
Bonificación por servicios prestados	La bonificación por servicios prestados; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal y 46) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal g)
Trabajo suplementario	El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio (Decreto 1045 de 1978 Art.45) (Decreto 1042 de 1978 Art.42)
	Los dominicales y feriados (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal c), (Decreto 1042 de 1978 Art. 42)
	Las horas extras; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b)
	Los auxilios de alimentación y transporte; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal e) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literales d y e)
	La prima de navidad (Decreto 1045 de 1978 literal f Art.45)
	La prima de servicios (Decreto 1045 de 1978 (Art.45 literal h y 46) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal f)
	Los viáticos (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal i)
	La prima de vacaciones (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k)
	Los incrementos salariales por antigüedad (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal a, 47 y 49)
	Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978 (Decreto 1045 de 1978

	<i>Art.45 literal j),</i>
	<i>Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.46 literal b)</i>
	<i>Lo que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se haya percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio (Decreto 1045 de 1978 Art.45</i>
	<i>Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal II)</i>

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado, ha proferido decisiones específicas donde concluye la procedencia de la inclusión de la prima semestral, de antigüedad ⁽⁴⁾, de navidad y de vacaciones ⁽⁵⁾ en la liquidación de las pensiones.

En otros análisis jurisprudenciales se **han excluido de la liquidación de la pensión** emolumentos como las vacaciones también denominadas sueldo de vacaciones bajo el entendido que no se causa como retribución del servicio, sino como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual ⁽⁶⁾ y la bonificación por recreación por cuanto no constituye salario conforme al art. 15 de los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001⁽⁷⁾

Finalmente, deben excluirse también las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia, por efecto de la decisión de

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011)., Radicación Número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(1769-08)

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01

⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN “C”, , Bogotá D.C., Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), , Magistrado Ponente: Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL Expediente No.25000 23 42000 2013 02538 C0

⁷ CONSEJO DE ESTADO, en sentencia proferida el cuatro (04) de marzo de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00195-01(0142-09), Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, luego de analizar los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001 y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Segunda - Subsección “C”, Magistrado Ponente Dr. Samuel José Ramírez Poveda, Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil quince (2015)., Expediente: 25000-23-42-000-2014-00476-00. Bonificación por recreación devengada en el último año de servicios, no se ordenará su inclusión, pues de conformidad con los Decreto 1374 de 2010 y 1031 de 2011, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, los cuales se aplican a los establecimientos públicos, como es el caso del SENA, disponen que dicha bonificación no constituyen factor salarial

la H. Corte Constitucional ¹⁸ sobre la imposibilidad de convalidar factores ilegales.

Este último es el caso de las primas: “especial de población” y “de habitación” que fueron creadas por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, de manera que no pueden ser incluidas en la base de liquidación de la pensión, pues, los entes territoriales de ningún modo estaban facultados para crear u otorgar dicha prestación. No es posible aplicar el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para aquellos pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia. (Ver sentencia C-410 de 1997)

Aplicación de la Sentencia SU 230 de 2015

La interpretación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100, hecha por el Consejo de Estado, en la forma en que se dejó señalada, fue modificada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 2013 cuya tesis se elevó con criterio de unificación en la sentencia SU 230 del 2015. Para la Corte el Legislador al introducir el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 beneficiando a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, autorizó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, empero, el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición.

Al ponderar los principios de seguridad jurídica y validez del precedente jurisprudencial el Consejo de Estado sostuvo frente a esta situación que los

8 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, Agosto 28 de 1997. H. Corte Constitucional “De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes., , Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

efectos de las sentencias de constitucionalidad son ex tunc, es decir que la aplicación de la SU 230 no puede hacerse extensiva a los procesos radicados con anterioridad a su expedición.

Este mismo principio lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-615 de 2016, precisando que la norma de obligatorio cumplimiento se estableció con la sentencia C-258 de 2013, y por lo tanto los derechos adquiridos con anterioridad a su publicación, se regulaban por lo dispuesto en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

No desconoce el Despacho que la Corte Constitucional con auto de Sala plena declaró la nulidad de la sentencia T-615, no obstante al aplicar los principios de hermenéutica jurídica, conforme los cuales se precisa la vigencia de las normas y los efectos de las sentencias de exequibilidad, es pertinente concluir que ciertamente la interpretación constitucional que se hizo en la sentencia C-258, solo podía tener efectos hacia el futuro y desde el momento en que se profirió con carácter de unificación en la sentencia SU 230, ello porque el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contaba con una sentencia unificadora a cargo de Consejo de Estado, sentencia que conforme a la Constitución Política, es fuente formal de derecho, con fuerza vinculante de ley, en aras de la protección del principio de igualdad. Razones por las que la misma Corte Constitucional impone a los jueces la obligación de seguir prima facie la jurisprudencia constante establecida sobre un punto de derecho, en el entendido que el precedente se constituye en un presupuesto indispensable de la unidad del ordenamiento jurídico y del ejercicio de la libertad individual por cuanto implica la certeza de poder alcanzar una meta, que permite al hombre elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo⁹

Vista así las cosas, el cambio de la regla jurisprudencial, constante, mediante la sentencia SU 230 produce en últimas efectos similares al de la declaratoria de inexequibilidad, esto es, efectos hacia el futuro. Resta observar que no puede tenerse como punto de partida para vigencia de la nueva interpretación la sentencia C 258, porque en este fallo se dijo expresamente

⁹ C-120 del 2003 y c836 del 2001

que no era aplicable a los demás regímenes exceptuados de manera automática, situación que sólo quedó aclarada en la SU 230.

Ahora bien, en virtud del principio de favorabilidad, esta judicatura adopta la tesis conforme a la cual los derechos adquiridos con anterioridad a la publicación de la sentencia SU 230, se regulan por lo dispuesto en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

En el sub judice se observa que el status pensional de la demandante se consolidó previo a la expedición del citado fallo, por lo tanto, se tendrá en cuenta en el IBL de la pensión, todo lo devengado en el último año de servicios siempre y cuando constituyan factor salarial, ya que el régimen anterior a la ley 100 de 1993 debe aplicarse de manera íntegra, según la jurisprudencia vigente para esa fecha.

Acto Legislativo 1 del 2005

Finalmente, en cuanto al régimen de transición debe agregarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, dispuso nuevas reglas de rango constitucional en torno al sistema de pensiones, y entre ellas fijó los criterios en virtud de los cuales el régimen de transición pensional perdería su vigencia.

Al respecto, la regulación constitucional estableció lo siguiente:

“Art. 48.- 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.”

De conformidad con lo anterior, si una persona es en principio sujeto del régimen de transición en virtud de la Ley 100 de 1993, ya sea por edad o por tiempo de servicios, pero no consolida su derecho pensional antes de las fechas de expiración de dicho régimen dispuestas en la Constitución, dejaría

de ser sujeto del régimen de transición y su derecho pensional se regiría exclusivamente por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores.¹⁰

CASO CONCRETO

La señora **BERTHA CECILIA MELO SALCEDO** nació el 10 de diciembre de 1949 – (FI 15), para el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, lo que la hizo beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, adquirió el estatus pensional el 10 de diciembre de 2004, ahora bien, en razón a que fungía como docente Nacional del sector público, al cumplir 20 años de servicios, su pensión fue reconocida y liquidada bajo los parámetros establecidos por la Ley 33 de 1985.

Las pretensiones de la demanda están dirigidas a que se reliquide la pensión de jubilación de la accionante, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el año de servicios previo a adquirir el estatus de pensionada, y no con los factores salariales devengados al momento de su retiro definitivo del servicio, sin embargo una vez revisado el expediente administrativo y las demás pruebas aportadas, en el sub judice se observa que la actora se retiró definitivamente del servicio a partir del 01 de marzo de 2009, por lo tanto su mesada pensional no puede ser reliquidada por todo el tiempo de la forma en que lo solicita con el escrito de demanda, ya que para que sea procedente la reliquidación con estos factores, es requisito que la docente no se haya desvinculado del servicio.

Es oportuno aclarar que en razón al régimen especial que tienen los docentes, el cual les permite recibir pensión de jubilación y asignación básica mientras sigan trabajando, es posible solicitar la reliquidación de la pensión con los factores devengados en el último año de servicios anterior al status, pero dicha pensión sólo tiene efectos mientras dure su vinculación, pues una vez retirado y de acuerdo a la ley 33 corresponde la reliquidación de su pensión con el último año de servicio.

¹⁰ Sobre el tema consultar: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, , SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Expediente: 25000234200020130154101, Referencia: 4683-2013, Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON, AUTORIDADES NACIONALES.

Al respecto, en providencia de tutela del Consejo de Estado el 08 de abril de 2014, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No.: 11001-03-15-000-2014-00344-00, Demandado: Juzgado Octavo Administrativo de Ibagué y Tribunal Administrativo del Tolima, se dijo:

“Ahora bien, de acuerdo con la prueba documental arrimada al proceso, se observa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima mediante resolución No. 789 del 07 de septiembre de 20056 (sic), reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la señora... estando activa en su servicio.

Del expediente contentivo de los antecedentes del acto demandado como de lo afirmado por la parte actora, se extrae que la accionante, efectivamente se encuentra activa en el servicio docente.

De lo que se sigue la accionante en su condición de docente activa, pese a que puede percibir simultáneamente asignación salarial y pensión de jubilación, en lo que atañe con la reliquidación de ésta última, en tanto que se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, sólo surtirá efectos, a partir de la desvinculación efectiva del servicio, sin que haya lugar al pago del retroactivo sobre las mesadas pensionales anteriores a la aludida desvinculación.

Así entonces, atinó el juez de primer grado al no condenar a la entidad accionada al pago de emolumento alguno por concepto de reliquidación pensional, así como al disponer la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, esto es, el 75% del salario promedio de lo devengado en el último año de servicio, y no del año anterior a la adquisición del status de pensionada, como lo demanda el recurrente, ya que se trata de pensión de jubilación por aportes, y no de pensión gracia. (...).”

Visto el contenido de las providencias acusadas se encuentra que tanto el juzgado como el tribunal concluyeron que debía reliquidarse la pensión de jubilación de la actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Como quiera que la actora a la fecha de expedición de las providencias se encontraba todavía vinculada como docente, los jueces de conocimiento no ordenaron ningún pago por concepto de reliquidación pensional al considerar que la misma solo es procedente hasta que se verifique el retiro del servicio de la pensionada, bajo el argumento de que la reliquidación solicitada por la señora... únicamente se puede realizar cuando deje de laborar, pues implica que se deba tener en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicio, a diferencia de lo que ocurre con la pensión gracia.

Ahora bien, leídos los argumentos expuestos en la demanda de tutela y cotejados con las pretensiones del proceso ordinario, considera la Sala que le asiste razón a la accionante al señalar que en las providencias acusadas se desconoce el principio de congruencia, pues la actora con su demanda

ordinaria solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación al considerar que no se incluyeron todos los factores que devengó en el año anterior al que adquirió el status de pensionada, con fundamento en lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia de unificación proferida dentro del proceso 0112-2009; y no la reliquidación de su pensión de jubilación por retiro del servicio, que fue lo estudiado y decidido por los jueces de conocimiento.

Para la Sala no resulta válido que las autoridades accionadas consideren que la pensión de jubilación reconocida a la actora debe reliquidarse por retiro del servicio, en el momento en que esta situación administrativa se presente, dado que para la fecha en que se expidió la sentencia la docente está laborando, y aún así, ordene la reliquidación por retiro; es decir, ampara un hecho futuro. Subrayado fuera de texto)

(...)

Lo que pretende es que se incluyan factores salariales que no fueron tenidos en cuenta al liquidar la pensión ordinaria de jubilación que está percibiendo la actora desde el 2005, amparada por la excepción que existe para los docentes, quienes pueden percibir simultáneamente pensión de jubilación y salario.

Lo anterior, ya que dicha posición implica que aunque la pensión de jubilación reconocida a un docente que continúa prestando sus servicios esté indebidamente liquidada, el beneficiario no pueda solicitar su reliquidación o su revisión, hasta tanto se retire definitivamente del servicio, pese a que el juez encuentra como en el caso bajo estudio, que en la pensión de la actora no se incluyeron la totalidad de los factores que se percibieron en el año anterior al cumplimiento del status pensional, en los términos descritos en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985. Subrayado fuera de texto)

..."

El Despacho advierte que si bien es cierto el apoderado de la parte actora no solicitó la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicio previo al retiro definitivo, el presente asunto implícitamente pretende la reliquidación de la pensión de jubilación en aras de obtener una mejora económica, situación que al revisar la Resolución 1511 del 14 de junio de 2005, por medio de la que se reconoce la pensión de jubilación a la actora, y la Resolución 5991 del 15 de diciembre de 2009, con la cual se reliquida la prestación, puede apreciarse que solamente se incluyó la asignación básica y se liquidó sobre el 75 %, con lo cual no se ajusta a lo previsto por la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, esta juzgadora dará aplicación al principio iura novit curia, y por tratarse de un derecho de seguridad social que tiene carácter de fundamental de una persona de la tercera edad, procederá a declarar la nulidad del acto acusado y ordenara la reliquidación pensional a la luz de las

Leyes 33 y 62 de 1985 con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por la señora MELO SALCEDO de la siguiente manera: *i)* Reliquidar la pensión reconocida mediante Resolución 1511 del 14 de junio de 2005, con los factores salariales devengados durante el año de servicios previo a adquirir el estatus pensional y con efectos hasta la fecha de retiro. *ii)* Reliquidar la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicios previo a su retiro, esto es, entre el 01 de marzo de 2008 al 01 de marzo de 2009, con efectos indefinidos a futuro. Lo anterior en aras de evitar que se tenga que acudir nuevamente a la administración de justicia con el fin de promover un proceso con el mismo objeto.

Al revisar el formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaria de Educación del Distrito (FL 12 a 13), se tiene lo siguiente: *i)* durante el último año previo a la adquisición del estatus pensional, es decir entre el 10 de diciembre de 2003 al 10 de diciembre de 2004, la señora MELO SALCEDO devengó como factores salariales: sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad; y *ii)* durante el último año de servicios, previo al retiro definitivo, es decir entre el 01 de marzo de 2008 al 01 de marzo de 2009, la demandante devengó como factores salariales: Asignación básica, prima de alimentación, auxilio de movilización, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

En este orden de ideas, se ordena a la entidad *I)* reliquidar la pensión en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado entre el 10 de diciembre de 2003 al 10 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta los factores salariales denominados sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, con efectos hasta su fecha de retiro, es decir, el 01 de marzo de 2009; y *ii)* reliquidar la pensión en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, previo al retiro definitivo, es decir entre el 01 de marzo de 2008 al 01 de marzo de 2009, teniendo en cuenta los factores salariales denominados Asignación básica, prima de alimentación, auxilio de movilización, prima de vacaciones y

prima de navidad, con efectos desde su fecha de retiro, es decir, el 01 de marzo de 2009.

Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes, según corresponda y de ser procedente, con observancia de los topes salariales establecidos en la ley para el efecto y no resulte menos favorable.

*No se ordenará la inclusión de la **PRIMA ESPECIAL**, por cuanto deben excluirse las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia.*

En efecto, se tiene que este ítem equivalente a \$150 pesos, fue creado por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, razón por la cual no es procedente su inclusión pues tal como se dijo anteriormente los entes territoriales no contaban facultad alguna para crear u otorgar dicha prestación y tampoco es posible aplicar el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para aquellos pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia. (Ver sentencia C-410 de 1997).

La entidad deberá descontar los correspondientes aportes al sistema de seguridad social en pensiones, respecto de los factores cuya inclusión se ordena, si este descuento no se hubiera hecho, en la proporción que corresponde al demandante, durante toda su relación laboral, y teniendo en cuenta igualmente que los factores salariales que se causan de forma anual o semestral deben incluirse en la proporción mensual., en aras de evitar un detrimento patrimonial al Sistema General de Seguridad Social.

Esta indexación a criterio del H. Consejo de Estado¹¹ tiene asidero en cuanto a que “las pensiones de jubilación se construyen en base de aportes periódicos a lo largo de la vida del trabajador, para que la entidad utilice y capitalice estos recursos, para cuando llegue el momento de acceder a este derecho. Ello implica una progresividad y

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. SU del 25 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101. Ref: 4863-2013.

permanencia durante todo el tiempo de servicio, para efectos que la entidad se abastezca de dineros para sostener el sistema pensional. Por ende, dado que se incrementa la pensión por nuevos factores no cotizados para esta prestación que será vitalicia, no se compadece con el principio de sostenibilidad fiscal que se apliquen solo unos aportes reducidos para financiar una pensión que como se sabe es por toda la vida de su beneficiario y que llegan a última hora sin permitir que la entidad de previsión los haya percibido en su momento.”

PRESCRIPCION

Cabe resaltar que aunque lo reclamado es una pensión de jubilación, derecho que por su naturaleza es imprescriptible, no sucede lo mismo con las mesadas que de allí se derivan, pues las mismas se extinguen si no son reclamadas oportunamente dentro del plazo de tres años.

Teniendo en cuenta que la solicitud de reajuste pensional fue promovida el 27 de octubre de 2010, y que la pensión se hizo efectiva a partir del 11 de diciembre de 2004, se tendrán por prescritas las mesadas pensionales causadas con antelación al 27 de octubre de 2007.

INDEXACIÓN:

Las sumas que resulten a favor de los aquí demandantes dentro de los procesos que nos convocan serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

La parte accionada deberá efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, en la proporción que le corresponda al demandante durante toda su vinculación laboral, debidamente indexados, por las razones anotadas en precedencia.

La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

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

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

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

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

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

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

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹² ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

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

- El proceso buscaba la reliquidación pensional.
- Las pretensiones fueron concedidas en su totalidad.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Así las cosas, el Despacho se abstiene de condenar en costas y agencias derecho a la parte vencida, habida cuenta que el objeto de la litis ha sufrido cambios jurisprudenciales cuya postura actual sólo se definió con posterioridad a la presentación de la demanda, y la entidad al momento de ejercer su defensa contaba con una expectativa legítima para negarse a acceder a las pretensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la prescripción en relación con las mesadas

¹² Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

causadas, con anterioridad al 27 de octubre de 2007 y no probadas las restantes exceptivas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 4221 del 26 de julio de 2012 proferida por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** en representación de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **BERTHA CECILIA MELO SALCEDO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.470.199 de Bogotá, sin tener en cuenta los factores salariales devengados en el año de servicios prestados por la actora previo a adquirir su estatus de pensionada, y previo al retiro definitivo.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar y pagar a la señora **BERTHA CECILIA MELO SALCEDO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.470.199 de Bogotá, su pensión de jubilación de la siguiente manera: **i)** reliquidar la pensión en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado entre el 10 de diciembre de 2003 al 10 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta los factores salariales denominados sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, con efectos hasta su fecha de retiro, es decir, el 01 de marzo de 2009; y **ii)** reliquidar la pensión en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, previo al retiro definitivo, es decir entre el 01 de marzo de 2008 al 01 de marzo de 2009, teniendo en cuenta los factores salariales denominados Asignación básica, prima de alimentación, auxilio de movilización, prima de vacaciones y prima de navidad, con efectos desde su fecha de retiro, es decir, el 01 de marzo de 2009. Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes.

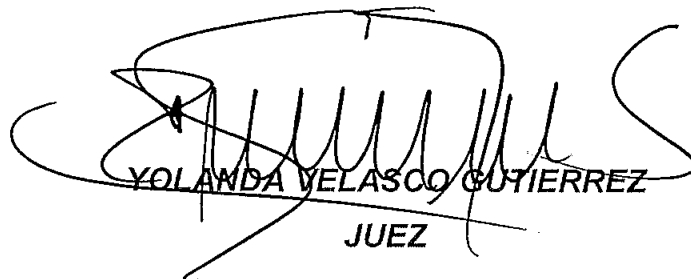
CUARTO- CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar a la señora **BERTHA CECILIA MELO SALCEDO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.470.199 de Bogotá, las diferencias de las mesadas pensionales resultantes entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer de acuerdo a la reliquidación ordenada en este fallo, según lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debiendo descontar la accionada tanto el valor de las mesadas ya pagadas como el valor de los aportes que el demandante no haya cubierto respecto de la diferencia entre el salario devengado con la liquidación de aportes para pensión, debidamente indexadas.

QUINTO: ORDENAR se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a la parte accionada.

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

Decisión notificada en estrados.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

DEISSY GISSELLE BEJARANO
APODERADO DEMANDANTE

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO