JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

09 DIC. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-00307
Demandante: ARGENIS OTAVO CUENCA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAICONAL-FOMAG
Tema: Reliquidación pensión docente
Sentencia: 139

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 11 de diciembre de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora ARGENIS OTAVO CUENCA actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 18 de septiembre de 2017 (f.34), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución 4529 de 15 de junio de 2017, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de jubilación post-mortem de la demandante sin incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior al fallecimiento, y la Resolución 6515 de 5 de septiembre de 2017, por la cual resuelve un recurso de reposición, confirmando la anterior decisión.

2.- Como consecuencia de lo anterior ordenar a la demandada a que liquide la pensión jubilación post-mortem con inclusión de todos lo percibido en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, tales como: además del sueldo básico, la prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad, con los correspondientes reajustes y debidamente actualizados conforme al I.P.C. certificados por el DANE.

3.- Ordenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

4.- Ordenar a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN: La demandante invocó los artículos 2, 5, 11, 13, 16, 23, 29 y 53 de la Constitución Política, artículo 4 de la Ley 53 de 1945, artículo 1° de la Ley 24 de 1947, artículo 4 de la Ley 4 de 1966, artículo 5 del Decreto 1743 de 1966, artículo 2 de la Ley 5 de 1969, artículo 1 inciso 2° de la Ley 33 de 1985, ley 62 de 1985, artículo 33, 34 y 36 de la ley 100 de 1993 y artículo 160 de la Ley 1151 de 2007.

Consideró que de conformidad con el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, remite a los regímenes especiales y excepcionales, los cuales se deben reliquidar con el 75% de todos los factores devengados por el trabajador en el último año de servicios. Así mismo, indica que se debió respetar el régimen de transición establecido en la Ley 812 de 2003, con fin de aplicarle a los docentes el régimen anterior a dicha normatividad (FL. 26 a 30)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Vencido el término otorgado a la accionada, guardó silencio.

AUDIENCIA INICIAL

El 11 de diciembre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión ratificándose en los argumentos de hecho y de derecho según quedo consignado en el audio y acta de la diligencia (f.78-79).

SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta terminar las consideraciones se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

II. CONSIDERACIONES

1.- Tesis del demandante

Consideró que su pensión debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, conforme con la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 812 de 2003.

2.- Tesis del demandado

Vencido el término la accionada guardó silencio y no contestó la demanda.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional por ser beneficiaria del régimen de transición docentes establecido en la ley 812 de 2003.

HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

.- Mediante Resolución 2607 de 4 de mayo de 2015, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de Jubilación Post Mortem, a causa del señor José Alberto Latorre Rico en calidad de compañero permanente de la accionante, efectiva a partir del 18 de septiembre de 2012, correspondiente al 75% de promedio de los salarios del año de servicios anterior a su fallecimiento, incluyendo los factores de asignación básica y la prima de vacaciones (Fl. 3-7).
- Mediante petición del 30 de enero de 2017 bajo radicado E-2017-16578, la accionante solicitó la reliquidación de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al fallecimiento de causante de la pensión de jubilación (Fl 8-11)
- Mediante Resolución 4529 de 15 de junio de 2017, se negó el ajuste de la pensión post-mortem de la demandante, arguyendo que las primas de navidad y especial no son factores de liquidación de prestaciones de los docentes con vinculación distrital (Fl 13-14)
- Presentó recurso de reposición de 29 de junio de 2017, contra la Resolución 4529 de 15 de junio de 2017 (Fl 16-18)
- Mediante Resolución 6515 de 5 de septiembre de 2017, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante, confirmando la decisión anterior, indicando que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en cuantía al 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios, sin que su disfrute este condicionado al retiro, conforme la Ley 33 de 1985, razón por la que los factores de prima especial y prima de navidad, no se encuentran enlistados en la Ley 33 y 62 de 1985 (Fl 19-20)
- Se encuentra probados salarios devengados por la accionante en el año 2011 a 2012 (Fl 22)

- Según Formato Único para expedición de certificado de historia laboral, se encuentra acreditado el tiempo de servicios de la accionante (Fl 23).
- Se encuentra acreditado que la demandante nació el 15 de junio de 1960 (Fl 2)

Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 , las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[…] 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 […]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenece al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

Recuerda el despacho que en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila1, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, 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.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

[1] Expediente No. 25000232500020060750901 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés, en la cual estableció en la segunda (2a) subregla lo relacionado con los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados de la transición así:

[...]92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta 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**".

93. **Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL** como quedó planteado anteriormente, **el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas**:

. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. **La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,** pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989 . Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone: "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: [...] 2. Pensiones: [...] B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...]".

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala: "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 [...]".

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15). Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer: "[...] 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". Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de 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, el Consejo de Estado señaló de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag.

Cuestión diferente respecto a la segunda subregla que indica que en la liquidación de la mesada pensional del régimen de la Ley 33 de 1985 se deben incluir únicamente aquellos los factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Esta subregla, el Consejo de Estado al igual que la Corte Constitucional se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla así:

"[...] El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".
Señaló el Consejo de Estado que la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.
De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.
101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. 103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha

cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. [...]".

Frente a este punto, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sido pacifica en determinar que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tienen la posibilidad de que se les aplique el régimen anterior en lo referente a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, el cual se refiere a la tasa de remplazo. El IBL debe corresponder a lo previsto en la legislación vigente, esto es, el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio.

En cuanto a la aplicación de dicha regla a los docentes quienes gozan de un régimen especial, en sentencia T-328/18, con ponencia de la doctora Cristina Pardo Schlesinger, estimó lo siguiente:

"El artículo 81 de la Ley 812 de 2003[2] señaló que las personas vinculadas al servicio público educativo de manera posterior a la entrada en vigencia de la mencionada ley, se encuentra cubiertas por el régimen pensional de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003. Por otra parte, aquellos docentes que se vincularon al servicio antes de la misma, se encuentran amparados por el régimen anterior a la Ley 812 de 2003, lo cual fue ratificado por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005:

"[...] 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 [...]".

De tal manera que si la vinculación del docente se llevó a cabo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) el régimen pensional que lo cobija es el señalado en la Ley 91 de 1989. No obstante, se ha indicado[3] que el régimen de estos funcionarios corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, de tal manera que la reliquidación pensional se encuentra regulada en las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1978.

De acuerdo con lo anterior, frente a la sentencia acusada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, esta Sala concluye que no incurrió en el defecto alegado por cuanto:

(i) Indicó que para el cómputo de la pensión de la señora Fanny Acosta sólo se pueden tener en cuenta los factores salariales que hayan servido como base para la realización de aportes al sistema de seguridad en pensiones fundamentándose en que a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, como es el caso de la accionante, se les aplica de manera simultánea la Ley 91 de 1989 por criterios de especialidad y la Ley 33 de 1985 la cual es la vigente para los servidores del sector público nacional, en la que se indica que las pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[4].

---

[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. 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. [...].*"

[3] Entre otras, por sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

[4] Folio 65, cuaderno 1 del expediente T-6.631.024.

(ii) Señaló que de acuerdo con la Ley 33 de 1985 (modificada por la Ley 62 de 1985) todos los empleados oficiales deben pagar los aportes que indique la Caja de Previsión a la cual esté afiliada la entidad a la que se encuentran adscritos y enlistó los factores por los que estaría conformada la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración[5].

(iii) Argumentó que el Consejo de Estado ha entendido que en lo que tiene que ver con los factores salariales para el cómputo de la pensión, aplica el criterio según el cual la lista de factores especificada en la Ley 33 de 1985 no era taxativa sino meramente enunciativa, lo que permitía que se incluyeran todos los emolumentos recibidos por el docente aunque no se hubiesen hecho aportes a pensión sobre ellos.

(iv) No obstante, indicó que se apartaba de dicha línea y se acogía a lo manifestado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 (reiteradas recientemente en la SU-395 de 2017) frente a que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales sino solo los que sirvieron de base para efectuar los aportes al sistema pensional[6]. Lo anterior además, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005 que introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que señala que "[p]*ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones*".

Así las cosas, el Tribunal al encontrar que la señora Fanny Acosta no cumplió "*con el imperativo o la obligación de cotizar al sistema los parafiscales sobre la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, que reclama sean incluidos como factores de liquidación*", sus pretensiones no prosperaron.

En esa medida, esta Sala concluye que la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral, se encuentra ajustada a derecho al negar las solicitudes de la accionante fundamentándose en los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 y encontrando que sobre ellos no se efectuaron los aportes al sistema de seguridad social en los términos de las mencionadas normas, el Acto Legislativo 01 de 2005 y de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 exponiendo las razones suficientemente sustentadas para apartarse del precedente sentado por el Consejo de Estado y acogerse a lo señalado por la Corte Constitucional, lo cual considera, es de obligatorio cumplimiento, señalando que "*dada la norma especial (ley 91 de 1989) no será aplicable el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios tal como se expresa la sentencia SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, sino será procedente el cálculo de la mesada pensional con base en los factores salariales sobre los cuales se cotizó en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, por criterios de especialidad de la norma*".

Por lo anterior, habrá de ser revocada la decisión de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en única instancia y se negará la solicitud de amparo propuesta por la señora Fanny Acosta Santacruz por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral se encuentra ajustada a derecho."

Este Despacho acogiendo el criterio establecido por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consonancia con la interpretación dada por la H. Corte Constitucional considera que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

[5] Folio 66, cuaderno 1 del expediente T-6.631.024.

[6] Folios 62 al 64, cuaderno 1 del expediente T-6.631.024.

Caso concreto

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 2607 de 4 de mayo de 2015**, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá, le fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación post-mortem, por haber laborado el señor José Alberto Latorre Rico, compañero permanente de la aquí demandante, como docente de vinculación Distrital por los 20 años o más de servicios, con un promedio del 75% del promedio de los salarios devengados en el año de su estatus pensional teniendo en cuenta como factores la **asignación básica y prima de vacaciones** efectiva a partir del 18 de septiembre de 2012 (Fl 3-7).

Se encuentra acreditado que mediante petición el 30 de enero de 2017 bajo radicado E-2017-16578 (Fl 8-11), solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación a efectos de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional del causante de la prestación, siendo resuelta de manera negativa mediante **Resolución No. 4529 de 15 de junio de 2017** (Fl. 13-14). La parte actora presentó recurso de reposición, siendo resuelta mediante Resolución 6515 de 5 de septiembre de 2017, confirmando la decisión anterior.

En el sub lite está demostrado que el señor José Alberto Latorre Rico, compañero permanente de la aquí demandante, se vinculó como docente en propiedad desde 8 de febrero de 1993, tal como se prueba a folio 23 del plenario, es decir antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, adquiriendo el status pensional a partir del 19 de septiembre de 2012 (fl. 4).

Conforme lo anterior, se tiene que según certificación obrante a folio 22, el **año anterior a la adquisición del status pensional** corresponde al período comprendido entre el **18 de septiembre de 2011 al 19 de septiembre de 2012** figuran como factores devengados el Sueldo**,** la prima especial, la prima de navidad y, como factores sobre los cuales se cotizó al sistema pensional **el sueldo y prima de vacaciones los cuales fueron reconocidos por la entidad demandada.**

De acuerdo con la jurisprudencia citada de 28 de agosto de 2018, la demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión, toda vez que los factores que le fueron tenidos en cuenta en la **Resolución 2607 de 4 de mayo de 2015** son aquellos sobre los cuales cotizó al sistema, por ende se negarán las pretensiones de la demanda.

No debe perderse de vista que el fallo tantas veces mencionado le otorgó **efecto retrospectivo** al mismo, puesto que dispuso que "*las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias*".

Puesta de este modo las cosas, resulta innegable que la señora Argenis Otavo Cuenca no tiene derecho a la reliquidación en los términos solicitados en la demanda, puesto que los factores sobre los cuales su compañero permanente cotizó al sistema se encuentra incluidos en la pensión reconocida.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia. DEVUÉLVASE a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, ARCHÍVENSE las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JAG