



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

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

Proceso: 110013342-052-2016-00124-00
Demandante: DORA LUCERO TORRES ORJUELA
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO - FONPREMAG
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – CESANTÍAS RETROACTIVAS

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora DORA LUCERO TORRES ORJUELA en contra de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora TORRES ORJUELA actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se tenga como configurado el acto ficto o presunto en consideración a que la Nación –Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG no se pronunció de fondo respecto de la petición elevada el 5 de junio de 2014.

2. Se declare la nulidad del acto presunto resultante del silencio administrativo negativo, generado ante la ausencia de contestación por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG frente a la solicitud formulada el 5 de junio de 2014, mediante la cual la accionante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, aplicando para ello el régimen de retroactividad contemplado en la Ley 6ª de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicitó se declare que la entidad accionada debe reconocer y pagar a favor de la demandante las cesantías definitivas aplicando el régimen de retroactividad consagrado en las normas invocadas, esto es, lo equivalente a un (1) mes de salario por cada año de servicio o de manera proporcional, teniendo como base de liquidación lo devengado en el último año de servicios, sumas que deberán ser indexadas en debida forma.

Así mismo solicitó que se condenara a la entidad demandada, al pago tanto de los intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, como de las costas y gastos procesales.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl. 29 vto. y 30):

La accionante laboró al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá D. C. por lo que es afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como docente desde el 8 de febrero de 1993, hasta el 30 de diciembre de 2012, para un total de 19 años.

La señora Torres radicó el 26 de abril de 2013, ante FONPREMAG la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías.

La Secretaría de Educación de Bogotá mediante la Resolución No. 4897 del 19 de septiembre de 2013, reconoció y ordenó el pago de las cesantías a favor de la accionante, por la suma de \$11.575.956.00, de forma anualizada bajo el presupuesto de la Ley 91 de 1989 sin tener en cuenta el régimen de retroactividad en razón al tiempo de vinculación.

Luego de relacionar los factores salariales que devengaba para el último año de servicios (2012), señala que la accionante se encuentra en la situación consagrada en la Ley 6ª de 1945 por lo que tiene derecho a que las cesantías se reconozcan y paguen con retroactividad.

La parte actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la accionada el 5 de junio de 2014, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, aplicando para ello el régimen de retroactividad contemplado en la Ley 6ª de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Pese a que han transcurrido más de 3 meses desde aquella data sin obtener respuesta, se configuró el silencio administrativo negativo.

La Procuraduría 56 Judicial II Para Asuntos Administrativos expidió constancia de conciliación extrajudicial fallida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política de Colombia; la Ley 6ª de 1945, la Ley 65 de 1946, y el Decreto 1160 de 1947.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Se advierte que en la audiencia inicial celebrada el 31 de marzo de 2017 (fls.64-66), el Despacho señaló que la demanda fue contestada de manera extemporánea, no obstante, previo a dictar el fallo y en virtud del control de legalidad consagrado en el art. 207 del CPACA, se observó que tal contestación sí fue presentada de manera oportuna, razón por la que en aras de garantizar los derechos de acción y defensa de la parte demandada, el Despacho tendrá en cuenta el escrito referido (fls.46-50).

En el aludido escrito, La Nación –Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG contestó la demanda, formulando la excepción denominada *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"*, oponiéndose así a las pretensiones por cuanto señala que no está obligada a efectuar el estudio de la prestación reclamada, y porque considera que la entidad aplicó en debida forma la normatividad vigente que regula el tema, luego no hay lugar a realizar el reconocimiento de tal prestación de manera retroactiva y consecuente a ello tampoco pueden prosperar las condenas relacionadas con indexación, intereses y costas del proceso.

Ahora bien, frente a dicho medio exceptivo, vale precisar que conforme lo establece la Ley 91 de 1989 y pronunciamientos del órgano de cierre de esta Jurisdicción, a la Secretaría de Educación de Bogotá le compete elaborar los actos administrativos atinentes a las cargas prestacionales de los docentes del Distrito, en representación de FONPREMAG, resultando forzoso concluir que a la excepcionante si le asiste interés y ostenta responsabilidad respecto del objeto de litigio, por tanto esta facultada para participar en el presente litigio.

Por otra parte, en lo atinente a la determinación del régimen legal que resulta aplicable para la liquidación de las cesantías de la accionante, observa el Despacho que dicho tópico hace parte del fondo del asunto, razón por la que será objeto de análisis en las consideraciones pertinentes.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 30 de junio de 2017 (Fls. 90 a 91), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en la que la parte demandante presentó el escrito que obra a folios 94 a 97.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 16 de noviembre de 2016 (Fls. 66 a 71), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- Si se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por el actor ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 5 de junio de 2014, y si daría lugar a declarar la nulidad del mismo.
- Si le asiste derecho o no a la parte actora de que se le reconozcan y paguen de manera retroactiva, las cesantías que fueron reconocidas mediante la Resolución No. 4897 del 19 de septiembre de 2013, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación y liquidada con el último salario devengado, incluyendo la totalidad de factores salariales.

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 5 de junio de 2014, elevado ante la Secretaría de Educación de Bogotá con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, aplicando para ello el régimen de retroactividad contemplado en la Ley 6ª de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947 (fls. 2 a 7).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 4897 del 19 de septiembre de 2013, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a la accionante (fls. 9 a 11).

2.2. Copia simple de cédula de ciudadanía de la accionante (fl. 14).

2.3. Constancia y Acta de Conciliación Extrajudicial expedida por la Procuraduría 56 Judicial II para Asuntos Administrativos (Fls. 15 y 17).

2.4. Oficio 2017 – ER – 085225 del 4 de mayo de 2017, a través del cual el Ministerio de Educación remitió la solicitud de expedición del certificado de servicios de la accionante, a la Secretaría de Educación de Distrital.

2.5. Certificados de salarios y de historia laboral de la accionante en original (fls. 80 y 81)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia en primer lugar a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, en segundo lugar, a la normatividad que establece la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y en tercer lugar el régimen de cesantías aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la accionante ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene fecha de radicación del 5 de junio de 2014, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 83 consagró:

“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

“(…) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio

¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

*positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.
(...)"*

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

REGIMEN DE CESANTÍAS

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*, determinó que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozaran entre otros del auxilio de cesantías, en razón a un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios y para su liquidación se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.

La anterior norma fue reglamentada por el Decreto 2767 de 1945, mediante el cual se dispuso que los empleados y obreros al servicio de los Departamentos y Municipios tendrán derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente, la Ley 65 de 1946 *"por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"*, en su artículo 1º determinó que los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a partir del 1 de enero de 1942 en adelante cualquiera que sea la causa de retiro, extendiendo este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, así como a los particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de dicha normativa, así:

"Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley" (Negrilla fuera del texto original).

A continuación el Decreto 2567 de 1946, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales", en su artículo 1º dispuso que "El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses."

Por su parte, el Decreto 1160 de 1947 sobre el auxilio de cesantías, contempló:

"Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.

Artículo 2º.- Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado.

Artículo 3º.- A partir de la vigencia de la Ley 65 de 1946, el auxilio de cesantía a que tienen derecho los empleados particulares se liquidará a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios continuos (o continuos y discontinuos desde el 16 de octubre de 1944, fecha de la vigencia del Decreto 2350 del mismo año), y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea el tiempo de servicio y cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato de trabajo".

Artículo 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

Parágrafo 1º.- Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono".

Así las cosas, se estableció que el precedente normativo anteriormente transcrito era la aplicable a todos los empleados al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, así como a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios; entre ellos, el personal docente.

Ahora bien, la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció la diferencia entre docentes nacionales y nacionalizados, de la siguiente manera:

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

(...)” (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 15 ibídem, asignó al mencionado fondo la obligación de pagar las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, incluidas las cesantías, así:

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

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...).

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional" (Negritas fuera de texto).

De la preceptiva transcrita se colige en primer lugar que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, **mantendrán** el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, a quienes el fondo pagará un auxilio de cesantías equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre **el último salario devengado** si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o sino del salario promedio del último año.

Y en segundo lugar, que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, se regirán por la normas vigentes aplicables a los empleados del orden nacional, a quienes el fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad.

Respecto al régimen de las cesantías el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –sección Segunda –Subsección A, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en providencia del 25 de marzo de 2010, expediente No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), demandante: Aracelly García Quintero, demandado: Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

"(...)

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(...)"

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Dora Lucero Torres Orjuela, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto ficto consolidado frente a la petición elevada el 5 de junio de 2014, mediante el cual solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus cesantías, aplicando para ello el régimen de retroactividad contemplado en la Ley 6ª de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

- TIEMPO DE VINCULACIÓN DE LA DEMANDANTE COMO DOCENTE:

Con el fin de establecer el régimen de cesantías aplicable a la promotora de la acción, está demostrado que la señora Torres Orjuela se vinculó en tiempo interino a la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución 3444 del “27-8-85” cuyos efectos fiscales se dieron entre el periodo “4/5/84 - 24/5/84” y que posteriormente presentó vinculación como temporal de tiempo completo, en las fechas “16/2/89”, “22/1/90” y “22/1/ 91”, además que fue nombrada como docente en propiedad de conformidad a la Resolución No. 202 de año 1993, todo lo cual consta en el formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá el 9 de mayo de 2017 (Fls. 81 y 82).

Igualmente, del mismo documento se extrae que el último establecimiento educativo de prestación de servicios de la actora fue el Colegio IED LA GAITANA como docente territorial con recursos propios del Distrito.

En este punto, valga la pena precisar que el Despacho encuentra procedente tener en cuenta, el tiempo laborado como docente de vinculación interina y temporal para efectos de liquidar las cesantías de la parte actora, de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, en providencia del 17 de agosto de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2004-00269-01(1446-06), demandante: Nero Cárdenas García, demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que discurrió:

“(…)

En sentido lato el auxilio de cesantía es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social, para que el empleado pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, dure la desocupación o cese definitivamente en las actividades laborales. Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que

se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva, y parcial la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley.

Con esas precisiones es claro que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en periodo de prueba o, como en este caso, en interinidad.

*Esclarecido como está que la forma de vinculación del actor a la Administración Departamental, no condiciona de ninguna manera el derecho que le asiste al pago de sus cesantías al momento de terminar su relación laboral, analizará la Sala las consecuencias, para efectos del reconocimiento y pago de dicho auxilio, del proceso de nacionalización de la educación, y así fijar el acreedor de sus cesantías por el periodo que se debate en el presente asunto.
(...)” (Subrayas del Despacho).*

Del precedente jurisprudencial, se colige que el auxilio de cesantías se debe liquidar con el tiempo laborado independientemente si el docente se encuentra vinculado mediante un nombramiento en propiedad, pues igualmente se deben tener en cuenta los servicios prestados a través de nombramientos en provisionalidad, en periodo de prueba, o como en el asunto de la referencia, en interinidad y temporalidad.

- REGIMEN DE CESANTÍAS APLICABLE A LA ACCIONANTE:

Teniendo en cuenta lo antes decantado, se advierte que la accionante se encuentra dentro del régimen de cesantías contemplado en el literal A del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en consideración a que se vinculó como docente territorial con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, razón por la cual, tiene derecho a que se le mantenga el régimen que ha venido gozando en la entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, a quien el fondo deberá pagar un auxilio de cesantías equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el **último salario devengado** sino ha sido modificado en los últimos tres meses, o sino del salario promedio del último año.

Bajo las anteriores consideraciones, la entidad demandada debe reliquidar las cesantías parciales de la demandante, desde la fecha de su vinculación, esto es, desde el 4 de mayo de 1984 hasta el año 2013, fecha hasta la cual liquidó las mismas, sobre el último salario devengado en el año 2013, descontando los

anticipos de cesantías comprendidas entre el año 1984 a 1993 (vinculación interina y temporal), en caso de que la entidad las hubiera liquidado y cancelado a la accionante, en ese sentido, la suma que resulte corresponderá al concepto materia de reconocimiento a título de cesantía parcial con retroactividad.

Así las cosas, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad del acto ficto presunto consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 5 de junio de 2014, mediante la cual solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas acorde con el último salario devengado.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a:

- La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar las cesantías parciales del actor desde la fecha de su vinculación, esto es, desde el 4 de mayo de 1984 hasta el año 2012, fecha hasta la cual liquidó las mismas, sobre el último salario devengado en el año 2013, descontando los anticipos de cesantías comprendidas entre el año 1984 a 1993 (vinculación temporal e interina), en caso de que la entidad las hubiera liquidado y cancelado a la accionante, en ese sentido, la suma que resulte corresponderá al concepto materia de reconocimiento a título de cesantía parcial con retroactividad.

Decantado lo anterior, se vislumbra que los argumentos esgrimidos como fundamento de la excepción denominada *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’*, atinentes a la determinación del régimen legal que resulta aplicable para la liquidación de las cesantías de la accionante, se advierten condenados al fracaso, razón por la cual, no hay lugar a declarar su prosperidad.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No

obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 5 de junio de 2014, ante la Secretaria de Educación distrital con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena a La Nación –Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar de manera retroactiva las cesantías parciales de la señora DORA LUCERO TORRES ORJUELA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.654.580 de Bogotá D. C., desde la fecha de su vinculación (4 de mayo de 1984) hasta la fecha en se liquidaron las mismas sobre el último salario devengado en el año 2013, previos los descuentos de las cesantías comprendidas entre el año 1984 a 1993, en caso de que la entidad las hubiera liquidado y cancelado al actor, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Las sumas que resulten del reconocimiento de las cesantías retroactivas, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de las cesantías, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

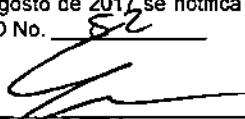
CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

QUINTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy diecisiete (18) de agosto de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>52</u>  ERVIN ROMERO OSUNA Secretario
--

MPV.



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

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

Proceso: 110013342-052-2016-00201-00
Demandante: JOSEFINA JARAMILLO DE SERNA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho -
Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN
PENSIONAL DECRETO 546 DE 1971 Y REAJUSTE
LEY 6ª DE 1992

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Josefina Jaramillo de Serna en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Josefina Jaramillo de Serna, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 031689 del 31 de julio de 2015 y RDP 046935 del 12 de noviembre de 2015, mediante las cuales la entidad demandada negó a la actora su solicitud de reliquidación de la pensión que devenga, en calidad de beneficiaria del señor Heriberto Serna Botero y resolvió un recurso de apelación confirmando la decisión anterior.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional -UGPP:

Reliquidar la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% con la inclusión de los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 1980 y el 31 de julio de 1981, a saber además del salario básico, los denominados incremento de antigüedad mensual, prima de servicios anual, las doceavas partes de la prima de navidad, prima de vacaciones y prima ascensional.

Reconocer y ordenar pagar el reajuste de la pensión que devenga en los términos de la Ley 4ª de 1976, Ley 71 de 1988, Ley 6ª de 1992 y su Decreto reglamentario 2108 del mismo año, Ley 100 de 1993 y Ley 445 de 1999.

Pagar la indexación de de las diferencias que resulten de las mesadas canceladas y de las que tuviere derecho como consecuencia de la reliquidación pensional, con los debidos reajustes de ley a partir de la fecha en que adquirió su estatus pensional.

Pagar los intereses moratorios.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 56-57):

El señor Heriberto Sena Botero, titular de quien deviene el derecho de la actora, laboró al servicio de la Rama Judicial por más de 10 años.

Mediante Resolución No. 2283 del 20 de marzo de 1981, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Serna (Q.E.P.D.), la cual fue reliquidada a través de la Resolución No. 11907 del 5 de octubre de 1983, en los términos de la Ley 33 de 1985.

La actora en calidad de cónyuge supérstite del señor Serna, a través de escrito en ejercicio del derecho de petición solicitó la sustitución pensional.

Mediante Resolución No. 00324 del 27 de septiembre de 1991, la Caja Nacional de Previsión Social sustituyó a favor de la señora Josefina Jaramillo de Serna la anterior pensión.

La actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 24 de noviembre de 2010, mediante el cual solicitó la reliquidación de la pensión que devenga, sin que la entidad haya dado respuesta, razón por la cual, se presentó demanda correspondiéndole al Juzgado 16 Administrativo Oral de Bogotá, quien accedió a las pretensiones de la demanda.

La Subsección E de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la prosperidad de la excepción de inepta demanda, por lo cual se inhibió para desatar la controversia.

La actora nuevamente solicitó la reliquidación de la pensión, siendo resuelta de manera desfavorable a través de la Resolución RDP 031689 del 31 de julio de 2015.

La anterior decisión fue confirmada mediante la Resolución VPB 046935 del 12 de noviembre de 2015, que resolvió un recurso de apelación interpuesto.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita el Decreto Ley 546 de 1971, Ley 4ª de 1976, Ley 71 de 1988, Ley 6ª de 1992, Ley 100 de 1993 y Ley 445 de 1998.

Adujo que la pensión que percibe la actora en calidad de beneficiaria del señor Serna debe ser reconocida en los términos del Decreto 546 de 1971, que contempla el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, esto es, con una tasa de remplazo del 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así las cosas, señaló que de conformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de liquidar las pensiones se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, entendidos estos como los que el trabajador

percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa de sus servicios.

De otro lado, afirmó que la pensión que devenga su poderdante debe ser reajustada en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 123 a 130).

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que mediante las Resoluciones Nos. 2283 del 20 de marzo de 1981 y 11907 del 5 de octubre de 1983, la entidad que representa reconoció la pensión al señor Serna en los términos del Decreto 546 de 1971, por haber cumplido con los requisitos allí consagrados.

Ahora, respecto de los factores a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión manifestó que son los consagrados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

Por lo anterior, señaló la entidad demandada que la Resolución No. 11907 del 5 de octubre de 1983, se encuentra ajustada a derecho, en consideración a que reconoció la pensión en los términos de las normas que la rigen y con la inclusión de los factores debidamente certificados y sobre los cuales se realizaron las cotizaciones.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) "Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación", teniendo en cuenta que la pensión reconocida a la parte actora está ajustada a derecho y no hay lugar a su reliquidación; (ii) "Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales", toda vez que la entidad que representa actuó con estricta sujeción a las normas legales; (iii) Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados", en razón a que el acto administrativo

demandado conserva su presunción de validez y surte plenamente sus efectos jurídicos; (iv) Imposibilidad de condena en costas", al presumirse la buena fe del demandado; (v) "Prescripción", por el término de 3 años de conformidad a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, artículo 41 del Decreto 3135 de 1969 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; (vi) "Imposibilidad del pago de intereses moratorios" contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se generan por el retardo en el pago de la pensión, sin que se aplique al asunto de la referencia, pues la entidad pagadora canceló en tiempo la prestación; (vii) "Solicitud de Reconocimiento Oficioso de Excepciones", al encontrarse en el transcurso del proceso hechos que constituyan excepción de mérito que deba ser declarada de oficio.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"Cobro de lo no debido e Inexistencia de la obligación"*, *"Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales"*, *"Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados"*, *"Imposibilidad de condena en costas"* e *"Imposibilidad del pago de intereses moratorios"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 30 de junio de 2017 (Fls. 172 y 173), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la parte demandada allegó escrito de alegatos el 10 de julio de 2017 (Fls. 176-178), mediante el cual solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, en consideración a que la pensión del señor Serna fue reconocida en los términos del Decreto 546 de 1971, con la inclusión de los factores contenidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

A su vez, el apoderado de la parte actora allegó escrito el 11 de julio de 2015 (Fls. 179-183), mediante el cual se ratificó en las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 23 de noviembre de 2017 (Fls. 144 a 149), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

“Si le asiste derecho a la parte accionante a que le sea reliquidada la pensión de jubilación que devenga, en cuantía del 75% del salario mas elevado devengado por el causante entre el 31 de julio de 1980 y el 31 de julio de 1981, incluyendo los factores de salario, incremento de antigüedad mensual, prima de servicios anual y las primas de navidad, de vacaciones y ascensional; así como el reajuste de conformidad con las Leyes 4 de 1976, 71 de 1988, 6 de 1992, 100 de 1993 y 445 de 1999 y el Decreto 2108 de 1992.”

En ese sentido, el estudio de la fijación del litigio que antecede se circunscribe a considerar dos ejes fundamentales, a saber:

- La parte demandante tiene derecho a que su pensión que devenga en calidad de beneficiaria del señor Serna (Q.E.P.D.) sea reliquidada o no por

la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en el Decreto 546 de 1971.

- La parte demandante en calidad de beneficiaria del señor Serna (Q.E.P.D.) tiene derecho a que su pensión sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta la disposición contenida en la Ley 6ª de 1992, reglamentada por el Decreto 2108 del mismo año.

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 003124 del 27 de septiembre de 1991, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión, reconoció y ordenó el pago de una pensión a la actora, en calidad de beneficiaria del señor Serna (Q.E.P.D.) (Fls. 11-12).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 28659 del 1º de julio de 2008, por medio de la cual se negó una solicitud de reliquidación de una pensión de sobrevivientes (Fls. 21-25).

2.3. Copia simple de la Resolución No. 57196 del 21 de noviembre de 2008, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición en el sentido de confirmar la anterior decisión (Fls. 17-20).

2.4. Copia simple de la Resolución No. GNR 46354 del 21 de marzo de 2013, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones reconoce una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la señora Jaramillo (Fls. 45-49).

2.5. Copia simple de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP el 27 de mayo de 2015, mediante el cual la parte actora solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y el reajuste de la misma en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año (Fls. 3 a 7).

2.6. Copia auténtica de la Resolución No. GNR 031689 del 31 de julio de 2015, mediante la cual la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación de la pensión a la actora (Fls. 8-9).

2.7. Copia auténtica de la Resolución No. RDP 046935 del 12 de noviembre de 2015, mediante la cual la Unidad resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 10-14).

2.8. Copia simple de la certificación expedida por la Directora Administrativa de la División de Tesorería de la Rama Judicial del Poder Público, en la que relaciona el tiempo de servicio prestado por el señor Serna en la entidad y los factores salariales devengados en los años 1979 a 1981 (Fls. 50-53).

2.9. Copia simple de los antecedentes administrativos del señor Heriberto Serna Botero (Q.E.P.D.) (Fls. 27-44).

2.10. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del señor Heriberto Serna Botero (Q.E.P.D.) (Fl. 121).

2.11. Oficios Nos. 20711100937431 del 30 de marzo de 2017; 201711101412921 del 10 de mayo de 2017; 201714200375073 del 3 de mayo de 2017 y 201714200256633 del 21 de marzo de 2017, mediante los cuales se da respuesta a un requerimiento efectuado por esta instancia en la etapa de pruebas de la audiencia inicial (Fls. 161, 166, 168-170).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia en primer lugar al régimen aplicable a los empleados de la Rama Judicial, y de los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión y en segundo lugar, realizar un análisis de la Ley 6ª de 1992 y de su Decreto Reglamentario 2108 de 1992, normatividad que la parte actora solicita

aplicar al presente asunto, con el fin de establecer si tiene derecho al reajuste pretendido.

- **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**
- **Del régimen aplicable a los empleados de la Rama Judicial**

Al respecto, la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 36 consagró:

"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 mas 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.
(...)"* (Negrilla fuera de texto).

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

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

(...) (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo quedó establecido que esta ley es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, excepto para quienes trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción legal o aquellos que disfruten de un régimen especial.

Entonces, dicha excepción aplica al presente asunto, en consideración a que el titular de quien deviene el derecho de la demandante laboró al servicio de la Rama Judicial, por lo cual es preciso hacer referencia al Decreto 546 de 1971 *"Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares."*, el cual en el artículo 6, señaló:

"Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas."(Destacado fuera de texto).

Con posterioridad, el referido Decreto fue reglamentado por el Decreto 1660 de 1978, según el cual:

"Artículo 132. Los funcionarios y empleados tendrán derecho, al llegar a los cincuenta y cinco años de edad, si son hombres y de cincuenta si son mujeres, y cumplir veinte años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, al Ministerio Público o a las Direcciones de Instrucción Criminal, o a las tres actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicio en las actividades citadas". (Destacado fuera de texto).

En ese sentido, se expidió el Decreto 717 de 1978 que estableció entre otros aspectos, la escala de remuneración correspondiente a los cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, el cual fue modificado por el Decreto 911 del mismo año, que señaló:

"Art. 12. Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los gastos de representación;*
- b. La prima de antigüedad;*
- c. El auxilio de transporte;*
- d. La prima de capacitación;*
- e. La prima ascensional;*
- f. La prima semestral, y*
- g. Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleado en comisión en desarrollo de comisiones de servicio."*

En ese sentido, se colige que para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, se debe tener en cuenta la asignación más elevada devengada durante el último año de servicio (Artículo 6° del Decreto 546 de 1971).

Dicha asignación comprende además del salario básico del cargo los factores de salario, correspondientes a todas las sumas que habitual y periódicamente perciba el empleado como retribución del servicio.

Sobre el particular, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –Subsección B, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del 7 de febrero de 2013, discurrió:

"(...)

La demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Dicho Decreto dispuso que la liquidación de la pensión de jubilación se hará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas.

En efecto, el artículo 6° estableció:

"Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas."

En consecuencia, los funcionarios que por un lapso de 10 años hubieren laborado en la Rama Jurisdiccional y/o en el Ministerio Público tienen un régimen especial, en virtud del cual continúan con el derecho a disfrutar de una pensión igual al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

De conformidad con las pruebas allegadas al expediente la actora tiene derecho a la aplicación del referido régimen por cuanto laboró durante más de 10 años al servicio de la Fiscalía General de la Nación, es decir que se encuentra dentro del supuesto fáctico establecido por la precitada disposición.

vi) Liquidación pensional.

Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional de la señora Martha Lucia López Mora, es la contenida en la parte final del precitado artículo 6° del Decreto 546 de 1971, según la cual, la pensión vitalicia de jubilación, debe ser "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios (...)."

Se observa, entonces, que la anterior disposición sujetó la base de liquidación pensional a lo "devengado" por el funcionario, por lo cual, para efectos de determinar el monto de la pensión a que tiene derecho el accionante, es preciso recurrir al artículo 12 del Decreto 717 de 1978, que reguló, entre otros aspectos, la escala de remuneración correspondiente a los cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público...

(...)

*En este orden de ideas, la asignación mensual más elevada para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el **empleo y todas las sumas que reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley**". (Negrillas fuera del texto original).*

- De la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de mismo año.

La Ley 6ª del 30 de junio de 1992 "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras

disposiciones", en su artículo 116 dispuso un reajuste a las pensiones del sector público nacional, de la siguiente manera:

"Artículo 116.- Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1° de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo".

En desarrollo de las facultades conferidas en la precitada Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992 "Por el cual se ajustan las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional", el cual consagró:

"ARTICULO 1°- Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios, serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

AÑO DE CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN	% DEL REAJUSTE		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos Así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 14% distribuidos Así:	7.0	7.0	-

A su vez, el artículo 2° estableció la manera de aplicar los anteriores porcentajes:

"Las entidades de previsión o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1°.

El 1° de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988."

En ese sentido, se advierte que el fin del Gobierno Nacional fue nivelar las mesadas pensionales de los jubilados que hubieren adquirido su derecho con anterioridad al 1º de enero de 1989, reajustándose las mismas desde el 1º de enero de 1993 hasta 1995, en un 28% para los beneficiarios que obtuvieron su prestación con anterioridad al año 1981; y desde el 1º de enero de 1993 hasta 1994, en un 14% para los beneficiarios que obtuvieron su prestación en el periodo comprendido entre los años 1982 a 1988, los cuales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley 71 de 1988.

Ahora bien, se precisa que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-531 de 1995, declarando la inexecutable del mismo por considerar que vulnera el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política. Al respecto discurrió:

"(...)

Es pues claro que el artículo 116 desconoce la unidad de materia de la Ley 6ª de 1992. Ahora bien, el actor no demandó en su integridad ese artículo sino únicamente la expresión "nacional" del título y del inciso primero. Sin embargo, no puede la Corte declarar únicamente inexecutable esas palabras, por cuanto se estaría manteniendo en el ordenamiento el resto de ese artículo, que no sólo forma indudable unidad normativa con las expresiones acusadas sino que también desconoció la regla de la unidad de materia. Por ello la Corte, aplicando el artículo 6º Decreto 2067 de 1991, procederá a declarar inexecutable, en su integridad, el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992.

La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de la buena fé (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (C.P. art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que

*tanto el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.
(...)"*

De conformidad al precedente jurisprudencial, el reajuste dispuesto en el artículo objeto de control constitucional es legalmente aplicable a las pensiones consolidadas con anterioridad al 1º de enero de 1989, desde la vigencia de la Ley 6ª de 1992 y hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la que se declaró su inexequibilidad.

De otra parte, pese a que la norma va dirigida al sector oficial del orden nacional el Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 1995, expediente No.15723, con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, declaró la nulidad de la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, por considerar que vulnera el derecho a la igualdad. En esa oportunidad señaló:

"(...)

Para juzgar el acto acusado, la Sala entonces se encuentra ante la siguientes situación: el art. 116 de la Ley 6 de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fue retirada del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia.

El decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del art. 116 de la Ley 6a corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexequibilidad del precepto que le dio origen y extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho.

Debe por tanto la Sala examinar la constitucionalidad del decreto mientras estuvo vigente, a efecto de resolver en este caso concreto la legalidad del acto administrativo sometido a su juzgamiento, examen que frente al art. 13 de la Carta omitió la Corte ante el vicio de falta de unidad de materia.

En el proceso de inconstitucionalidad surtido ante la Corte Constitucional, el agente del Ministerio Público solicitó la inexequibilidad del precepto en la parte acusada. Sobre su vista fiscal la sentencia reseña: (.)

Coincide la Sala con el punto de vista del señor agente del Ministerio Público, pues como es sabido, la nivelación que hizo el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2108 de 1992 obedeció a una justa pretensión del sector de los jubilados, cuyos aumentos decretados con anterioridad al 1º de enero de 1989 (antes de los aumentos decretados por virtud de la ley 71 de 1988),

presentaban diferencias con los aumentos de salarios; el gobierno niveló dichas pensiones en los porcentajes allí expresados, para ser pagaderos a partir del 1° de enero de 1993 hasta culminar en 1994 para los pensionados de 1981 y anteriores y en 1995 para los pensionados entre 1982 hasta 1988, y precisó que estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

Si como se dejó indicado en el recuento de los antecedentes, al entidad demandada en el acto acusado manifiesta que a los pensionados de la empresa les fue aplicado lo previsto en la Ley 4ª de 1976, sobre aumento de pensiones, lo que indica que tuvieron diferencias con los aumentos salariales, no hay razón para que la preceptiva del decreto 2108 de 1992 no les aplique, pues estarían en las mismas condiciones de los pensionados del orden nacional que se beneficiaron con el reajuste. Hacer tal discriminación con los pensionados de la empresa demandada, que se encuentran bajo los mismos supuestos del artículo 1° del decreto 2108 de 1992, atentaría contra el artículo 13 de la Carta Política, toda vez que no se estaría tratando en igual forma a las partes que se encuentren en iguales situaciones.

En este orden, la Sala en acatamiento al principio fundamental consagrado en el artículo 4° de la Constitución que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", habrá de declarar la inaplicación en este caso concreto de la expresión "del orden nacional" contenida en el art. 1° del decreto 2108 de 1992 por su contrariedad con el art. 13 de la Carta, cuya aplicación es preferente. En consecuencia, el acto acusado es nulo al prescribir que los ajustes de que trata el decreto 2108 de 1992 no son aplicables a los pensionados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Debe sí la Sala, en aras de la claridad, señalar que la aplicación del citado decreto debe hacerse en los precisos términos y condiciones que consagra su texto: es decir a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salario, lo cual deberá determinarse en cada caso concreto (...)" (Negritillas fuera de texto).

Con la anterior decisión queda claro que el reajuste referido se aplica sin distinción alguna a los empleados del orden nacional y territorial, en virtud del derecho fundamental a la igualdad.

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 1998, expediente No. 11636, con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, declaró nulo el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, con fundamento en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, señalando lo que pasa a citarse:

"(...)

2. Como se ve claramente, fue la ley reglamentada la que restringió sus alcances a las pensiones de jubilación del sector público nacional, y en tales

condiciones el gobierno nacional al expedir el decreto reglamentario, no podía disponer algo diferente, tratando de ampliar su campo de aplicación a las pensiones de los órdenes municipal y departamental, porque ello habría sido violatorio de la competencia reglamentaria en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

*3. Sin embargo, como la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del transcrito artículo 116, mediante sentencia C- 531 de 20 de noviembre de 1995, la Sala habrá de declarar la nulidad de la norma acusada que la reglamentó, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, por ser ello una obvia consecuencia de tal determinación.
(...)"*

En virtud del precedente jurisprudencial, se infiere que los efectos del Decreto 2108 de 1992 son los mismos que la Corte Constitucional dispuso para la aplicación del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, esto es, efectuar el reajuste pensional a los beneficiarios de la prestación que hayan adquirido su status de pensionado antes de 1989.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Josefina Jaramillo de Serna, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 031689 del 31 de julio de 2015, mediante la cual la entidad demandada negó el reajuste de su pensión en calidad de beneficiaria del señor Heriberto Serna Botero con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios y en los términos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992 y RDP 046935 del 12 de noviembre de 2015, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación confirmando la decisión anterior.

Con el fin de dar respuesta a los interrogantes planteados en la fijación del litigio se hace necesario establecer en primer lugar si la pensión que percibe la actora debe ser reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular de quien deviene su derecho y en segundo lugar, si a dicha prestación se le deben efectuar los reajustes de que trata la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año, bajo las consideraciones que pasan a exponerse.

- **De la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios.**

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar que la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor Heriberto Serna Botero, titular de quien deviene su derecho, pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 02283 del 20 de marzo de 1981 (Fls. 187-189). En ese sentido se colige, que la prestación fue reconocida con anterioridad a la vigencia del régimen de transición, por lo cual, esta instancia judicial centrara su atención en establecer si se cumplieron con los requisitos contemplados en el régimen especial de pensiones previsto en el Decreto 546 de 1971.

El mencionado Decreto, consagró en su artículo 7° que los empleados y funcionarios de la Rama Judicial tienen derecho a percibir el 75% de la asignación mensual mas elevada que hubiera devengado en el último año de servicios, siempre y cuando al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres y hayan cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del mismo, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Rama Judicial o al Ministerio Público, o en ambas actividades.

En virtud de lo anterior, se encuentra demostrado que el señor Heriberto Serna Botero laboró los siguientes tiempos al servicio del Ministerio Público y de la Rama Judicial (Fls. 186, 190-191):

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	CARGO	DESDE	HASTA
	Asesor Jurídico	8-10-1970	28-04-1971
	Abogado Visitador II	29-04-1971	30-03-1973
	Juez 29 Penal del Circuito de Bogotá D.C.	1-04-1973	31-08-1973
	Juez 13 Civil del Circuito de Bogotá D.C.	1-09-1973	31-07-1978
	Magistrado del Tribunal Superior del		

RAMA JUDICIAL	Distrito Judicial de Bogotá –Sala Civil	1-08-1978	31-10-1978
	Juez 13 Civil Circuito de Bogotá D.C.	1-11-1978	2-04-1979
	Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Civil	3-04-1979	31-07-1981

De la relación de tiempos que antecede, queda comprobado que el actor acumuló más de 10 años laborados al servicio del Ministerio Público y de la Rama Judicial, los cuales sumados con los servicios prestados en el Municipio de Medellín, en la Registraduría Nacional del Estado Civil de Antioquia y en el Ministerio de Justicia, certificados a folios 192 a 194, dan en su totalidad mas de 20 años de servicios.

Así las cosas, el señor Serna (Q.E.P.D.) a la fecha de exigibilidad de la pensión, esto es, al 16 de octubre de 1980 (Fl. 188), tenía la edad de 55 años, pues nació el 8 de junio de 1924 (Fl. 185) y cumplió con los 20 años de servicios, de los cuales 10 fueron prestados a la Rama Judicial y al Ministerio Público, razón por la cual, se encuentra cobijado por régimen especial contemplado en el Decreto 546 de 1971, como en efecto lo aplicó la entidad en la Resolución No. 02233 del 20 de marzo de 1981 (Fls. 187-189).

En virtud de lo antepuesto, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, que para el caso que nos ocupa es el período comprendido entre el 1º de agosto de 1980 al 31 de julio de 1981 (Fls. 33-34).

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en la certificación expedida por la Directora Administrativa de la División de Tesorería de la Rama Judicial (Fls. 33-34), según la cual, el titular de quien deviene el derecho de la actora percibió: sueldo básico, incremento de antigüedad mensual, prima de servicios anual, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 11907 del 5 de octubre de 1983 (Fls. 27-30), la Caja Nacional de Previsión Social al reliquidar la pensión de jubilación del señor Serna (Q.E.P.D.), reconoció: sueldo básico, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones quedando pendiente de reconocer el denominado: **incremento por antigüedad**.

Al respecto, el Decreto 911 de 1978, que modificó el Decreto 717 del mismo año consagró en su artículo 12 como factor de salario la prima de antigüedad para efectos de liquidar la base pensional de los empleados cobijados por el régimen especial de la Rama Judicial, de conformidad a lo señalado en la parte normativa y jurisprudencial reseñada en líneas atrás.

- **Del reajuste pensional contemplado en la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.**

En efecto, para establecer si el demandante tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si en el caso concreto la prestación del titular de quien deviene la pensión de la parte actora se consolidó con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad referida.

Así las cosas, el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue retirada del ordenamiento jurídico, sin embargo, sus efectos siguen vigentes para quienes adquirieron el derecho pensional bajo su vigencia.

A su vez, el Decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo de la anterior norma, corre la misma suerte, es decir, que rigió desde su expedición hasta la fecha de inexequibilidad del precepto que le dio origen pero extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho para ser consecuente con los efectos jurídicos dados por la Corte Constitucional a la ley reglamentada.

Pues la sentencia proferida por la Corte Constitucional, determinó los efectos en el sentido de ordenar que los reajustes dejados de pagar a los pensionados debían hacerse efectivos si el derecho se había consolidado con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad.

En ese sentido, para que haya lugar al reajuste deprecado se debe acreditar la calidad de pensionado y estar devengando la mesada pensional con anterioridad el 1º de enero de 1989, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, pues la finalidad del mismo es compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones, es decir, que se trató de acercar el monto de las mesadas pensionales a los salarios que se devengaban en esa fecha los servidores públicos que desempeñaban empleos equivalentes a los que habían ejercido los pensionados.

Entonces, es importante señalar que el motivo fundamental del reajuste contenido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, *"fue zanjar el desequilibrio imperante en el régimen pensional, que para entonces había sido objeto del mismo sistema de reajuste previsto en las Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988"*¹, como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Al respecto, el artículo 1º del artículo 4º de 1976, dispuso que *"Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma (...)".*

A su vez, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, estableció que las referidas pensiones además de las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, se deben reajustar *"de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual."*

En ese aspecto, se evidencia que todas las pensiones se vieron afectadas por la desproporción que quiso enmendar la Ley 6ª de 1992, razón por la cual, le es aplicable a la pensión que devenga la actora.

¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente No. 13001-23-31-000-1997-12662-01(0676-03), demandante: José Herrera Romero y otros, demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

Descendiendo al asunto de la referencia esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que: (i) mediante la Resolución No. 02283 del 20 de marzo de 1981, se reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Heriberto Serna Botero (Q.E.P.D.), con efectos partir del 16 de octubre de 1980 (Fls. 187 a 189); (ii) mediante Resolución No. 003124 del 27 de septiembre de 1991, se reconoció pensión a la señora Josefina Jaramillo de Serna en calidad de beneficiaria del señor Serna Botero (Fls. 15-16); (iii) que en ejercicio del derecho de petición la actora presentó escrito ante la entidad demandada el 27 de mayo de 2015, mediante el cual solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año y el reajuste de la misma en los términos del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992 (Fls. 3 a 7); (iv) que mediante Resolución No. RDP 031689 del 31 de julio de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP negó los reajustes pretendidos (Fls. 8-9) y (v) que mediante la Resolución RDP 046935 del 12 de noviembre de 2015, la entidad demandada resolvió un recurso de apelación confirmando en todas sus partes la decisión anterior (Fls. 10-11).

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta plenamente comprobado que el titular de quien deviene el derecho de la parte actora obtuvo el disfrute de su pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989, requisito previsto para conferir el reajuste pensional dispuesto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992.

Ahora bien, la entidad demandada en atención a una solicitud de esta instancia allegó el Oficio No. 201711100937431 del 30 de marzo de 2017 (Fls. 161), mediante el cual indicó que no ha efectuado ajuste alguno a la pensión de la actora.

De conformidad a las consideraciones en precedencia y en vista de que la Unidad se abstuvo de comprobar que las mesadas pensiones no han presentado diferencias con los aumentos salariales, se precisa que hay lugar a ordenar el reconocimiento del reajuste pensional consagrado en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, en un 28 % discriminado de la siguiente manera: para el año 1993 un 12%, 1994 un 12% y 1995 en un 4% conforme a lo dispuesto en ley y hacia el futuro con la incidencia de dicha reliquidación en la base pensional, en

consideración a que el titular de quien deviene el derecho de la parte actora causó su pensión con anterioridad al año 1989.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 031689 del 31 de julio de 2015 y RDP 046935 del 12 de noviembre de 2015, a través de las cuales se negó la reliquidación de la pensión que percibe la actora en calidad de beneficiaria con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios y negó el reajuste de la misma en los términos del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año y resolvió un recurso de apelación, respectivamente.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, a:

- Reliquidar la pensión de la señora Josefina Jaramillo de Serna, equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1980 y el 31 de julio de 1981, a saber: **prima de antigüedad**, además de los ya reconocidos sueldo básico, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.
- Reajustar la pensión de la señora Josefina Jaramillo de Serna, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, para los años 1993, 1994 y 1995.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia propuesta por la entidad demandada, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora solicitó la reliquidación de la pensión que devenga el 27 de mayo de 2015

(Fls. 3 a 7), razón por la cual, se encuentran prescritas las mesadas pensionales con anterioridad al 27 de mayo de 2012.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Finalmente, respecto de los descuentos por aportes pensionales de los factores salariales reconocidos en la sentencia y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema de pensiones, el Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, en concepto del 4 de diciembre de dos mil catorce (2014), expediente número: 11001-03-06-000-2014-00057-00, señaló lo siguiente:

"(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de prescripción², igual suerte tienen los descuentos que surgen a favor de la administradora de pensiones con ocasión del reajuste pensional.

Por lo tanto, para la Sala es claro que una vez adquirido el derecho de pensión y reconocida la prestación, los dos extremos de la relación jurídica, administración y pensionado, deben recibir igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras se sanciona con la prescripción al pensionado de sus mesadas pensionales cuando este no reclama a tiempo sus derechos, los cobros a favor de las entidades administradoras de pensiones deban forzosamente permanecer libres de

² Al respecto en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicación 2088 del 22 de octubre de 2009 se advierte que: "El derecho al reconocimiento o reajuste pensional no prescribe; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reajuste ordenado."

la prescripción. Si se exige al pensionado ejercer su derecho en determinado tiempo so pena de perderlo por prescripción, principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, la administración ajuste su propio comportamiento a las exigencias que se formula a los particulares, así el propósito de la administración busque contribuir a obtener recursos para financiar el mayor valor reliquidado.^(...)

(...)

En gracia de discusión, aún si existiera duda sobre qué término de prescripción debe aplicarse, se tendría que recurrir al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma como mandato constitucional (artículo 53), principio que además tiene respaldo en la doctrina y la jurisprudencia laboral y de la seguridad social^(...).

Lo anteriormente explicado debe entenderse en el sentido de que aquellas personas que solicitan la extensión unificada de la jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya cumplieron los requisitos para la pensión y la hicieron exigible.

(...)

La Sala advierte que, así como para la liquidación y reliquidación de las pensiones se atiende al fenómeno inflacionario, para el caso del valor de las cotizaciones que no realizó el trabajador sobre factores salariales que efectivamente se tuvieron en cuenta para la pensión, las deducciones a que haya lugar deben ser actualizadas y evitar que el sistema de seguridad social tenga que asumir el pago de valores actualizados con sumas empobrecidas.
(...)

(...)" (Negrillas fuera de texto)

Se establece entonces que los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión tienen la naturaleza de ser una obligación periódica que constituyen un derecho crediticio en favor de la administradora de pensiones a partir del momento en que adquirió su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad³ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada desde la fecha en que se hizo el reclamo de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la entidad.

Pues tal como lo advirtió la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el referido concepto, no es posible efectuar el descuento de los factores salariales reconocidos con la reliquidación pensional sobre toda la vida laboral,

³ Principios desarrollados por la Corte Constitucional en sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras y por el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos Nos. 923 del 27 de noviembre de 1996, 1480 del 8 de mayo de 2003, 1901 del 17 de julio de 2008.

teniendo en cuenta que no existe la certeza de que los haya devengado en esa época, de lo contrario resultaría desproporcional y desconocería la igualdad de cargas que le asisten tanto al empleado como a la entidad empleadora. Para el efecto discurrió:

"(...)

Valga decir que dadas las características del régimen de prima media con prestación definida, antes de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005, el monto de la pensión calculado sobre el ingreso base de liquidación no siempre coincidía con las cotizaciones efectuadas por el trabajador durante su vida laboral. El antiguo sistema partía del supuesto de que la pensión se obtenía en función del cumplimiento de unos requisitos de edad, tiempo y semanas cotizadas, no en la capitalización de las cotizaciones. Justamente la casi nula vinculación entre los beneficios del régimen y la tasa de cotización efectiva fue una de las razones por las cuales se introdujo la reforma estructural del antiguo sistema pensional con lo que se buscó, en lo posible, un sistema autofinanciado y que garantizara, por lo menos, que los nuevos afiliados no generaran pasivos no fondeados. (...)

*De lo antes expuesto se infiere, que si el ingreso base de liquidación para las pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calcula sobre el 75% de los factores salariales recibidos en el último año de servicios, **la orden de efectuar los descuentos sobre aquellos factores que en virtud de la sentencia deben incluirse no puede extenderse a toda la vida laboral del pensionado, pues esta medida resultaría desproporcionada en razón a que no hay certeza de que los hubiera devengado siempre. Por tanto, su cobro no depende en realidad de la vida laboral del pensionado sino de la existencia del factor salarial a lo largo de la vinculación laboral, razón por la cual deberán descontarse "con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicios" en los que efectivamente los haya devengado.***

*Es del caso aclarar que 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, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.
(...)"*. (Negritas fuera de texto).

Así las cosas, en atención a los fundamentos señalados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en providencias ya referidas, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 031689 del 31 de julio de 2015 y RDP 046935 del 12 de noviembre de 2015, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP.

SEGUNDO.- Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 27 de mayo de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, a:

- Reliquidar la pensión de la señora Josefina Jaramillo de Serna, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.071.507, equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1980 y el 31 de julio de 1981, a saber: **prima de antigüedad**, además de los ya reconocidos sueldo básico, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.
- Reajustar la pensión de la señora Josefina Jaramillo de Serna, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.071.507, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, para los años 1993, 1994 y 1995.

El anterior reconocimiento es a partir del 27 de mayo de 2012, por prescripción trienal, previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO.- Sin lugar a condena en costas.

SEXTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 18 de agosto de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>52</u>.  ERVIN ROMERO OSUNA Secretario
