



Libertad y Orden

JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio de Despachos Judiciales CAN, Piso 4°
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 14 de marzo de 2018, hora: 3:00 p.m.

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00492-00
Demandante: MARÍA ROSA ELENA PEÑA RODRÍGUEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Tema: Reliquidación pensión de docente al status – Leyes 33 y 62 de 1985
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2° y 4°, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

1.1. Parte demandante

Se reconoce personería a la abogada JILLYANN ELIANA ROSERO ACOSTA, identificada con C.C. N° 1.032.369.899 y T.P. N° 240.513 del C. S. de la J., como nueva apoderada de la parte demandante, conforme a la sustitución del poder conferida por el abogado JULIÁN ANDRÉS GIRALDO MONTOYA, quien funge como apoderado principal de la parte actora y se encuentra reconocido como tal a folio 40 del expediente.

1.2. Parte demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

No designó apoderado para el asunto de la referencia.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5°, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a la apoderada de la parte demandante si hasta este momento procesal advierte algún vicio del proceso que deba ser saneado.

La apoderada de la parte demandante. No encontró vicios que impidan la continuación del proceso.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encuentra vicios que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6º, Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

A pesar de que la entidad demandada fue notificada en debida forma de acuerdo con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 47, 48 y 51), no contestó la demanda por lo tanto no hay excepciones a resolver. Sin embargo, en la sentencia se resolverá las excepciones que de oficio el Juzgado encuentre probadas (artículo 187, Ley 1437 de 2011).

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO – Numeral 7º, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

Hechos y Pruebas en que están de acuerdo las partes

La apoderada de la parte demandante está de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos que aportó, los cuales fueron expedidos por la entidad demandada y adicionalmente no fueron tachados de falsos:

1. La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución N° 5973 del 3 de octubre de 2008 –acto demandado-, le reconoció a la señora MARÍA ROSA ELENA PEÑA RODRÍGUEZ pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 29 de mayo de 2007, de este acto, se extrae que la accionante nació el 14 de noviembre de 1950, es decir cumplió los 55 años de edad el 14 de noviembre de 2005, (fls. 4-7).

Para liquidarle la pensión a la demandante, la entidad accionada le tuvo en cuenta el 75% del promedio del salario devengado en el año anterior al cumplimiento del status pensional y le incluyó únicamente como factores salariales la asignación básica y la prima de vacaciones; le citó como normas aplicables los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 2831 de 2005, las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 962 de 2005, 238 de 1995 y la Resolución N° 3080 de 2005, (fotocopia simple reposa a folios 4-7 del expediente).

2. Contra el anterior acto administrativo fue ejercido el recurso de reposición por parte de la demandante mediante escrito radicado el 4 de noviembre de 2008 bajo el N° E-2008-175430, en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al status pensional y la entidad demandada a través de la Resolución N° 00325 del 6 de febrero de 2009 –acto demandado-, decidió confirmar en todas sus partes la resolución atacada, al considerar que en virtud de la Ley 812 de 2003 y del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 para la liquidación de las pensiones de los docentes se debe tener en cuenta como base de cotización únicamente los factores salariales señalados en el Decreto 688 de 2002, esto es, el sueldo básico y el sobresueldo, (fotocopia informal milita a folios 8-10 del plenario).

3. Posteriormente, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. mediante la Resolución N° 4389 del 8 de julio de 2016 –acto demandado-, reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, por haber acreditado el retiro definitivo del servicio, con efectividad a partir del 22 de febrero de 2016, al efecto, le tuvo en cuenta el 75% del promedio del salario devengado en el año anterior al retiro del servicio y le incluyó únicamente como factores salariales la asignación básica y la prima de

vacaciones; le citó como normas aplicables la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, además se indica que la demandante fue retirada del servicio mediante Resolución N° 6272 del 20 de enero de 2016, a partir del 22 de febrero de 2016, (fotocopia informal reposa a folio 11 del plenario).

4. Contra el anterior acto administrativo fue ejercido el recurso de reposición por parte de la demandante mediante escrito radicado el 5 de agosto de 2016 bajo el N° E-2016-137338, en el cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al status pensional y la entidad demandada a través de la Resolución N° 5754 del 24 de agosto de 2016 –acto demandado-, decidió confirmar en todas sus partes la resolución atacada, al considerar que en virtud del artículo 33 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985 para la liquidación de las pensiones de los docentes se debe tener en cuenta como base de cotización únicamente los factores salariales señalados para los empleados del orden nacional, dentro de los cuales no están fijadas las primas de navidad y especial reclamadas por la actora, (fotocopia informal obra a folios 12-13 del plenario).

5. La accionante prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., desde el 8 de mayo de 1986 hasta el 22 de febrero de 2016, según se verifica en el certificado de historia laboral expedido el 8 de agosto de 2016. Significa lo anterior que, la demandante prestó sus servicios al Magisterio por más de 20 años (30 años, 9 meses y 14 días de servicio). A la fecha de status de pensionada (28 de mayo de 2007) reconocida por la entidad en la Resolución N° 5973 del 3 de octubre de 2008 (fls. 4-7), la demandante ya contaba con más de 20 años de servicio oficial (21 años y 20 días de servicios) y más de 55 años de edad (56 años, 6 meses y 14 días de edad), (original reposa a folios 16-17 del expediente).

6. Durante el año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionada, que estuvo comprendido entre el 28 de mayo de 2006 al 28 de mayo de 2007, además de los factores salariales reconocidos por la entidad en la pensión de jubilación, esto es, la asignación básica y la prima de vacaciones, también devengó sobresueldo del 20%, auxilio de movilización, prima especial y prima de navidad, según se verifica en el certificado de salarios expedido el 8 de agosto de 2016 la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., (original figura a folios 14-15 del expediente).

7. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda.

Se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante para que manifieste si está de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

La apoderada de la parte demandante. Está de acuerdo con los hechos y pruebas anteriormente relacionadas.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

El litigio se contrae a determinar si la señora MARÍA ROSA ELENA PEÑA RODRÍGUEZ en su calidad de docente oficial del Magisterio tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide de manera que corresponda al 75% del salario promedio y todo lo devengado durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada (28 de mayo de 2006 al 28 de mayo de 2007), en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante para que manifieste si está de acuerdo con la fijación del litigio.

La apoderada de la parte demandante. Manifiesta que está de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Despacho.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

5. CONCILIACIÓN – Numeral 8º, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

En vista de que la entidad demandada no designó apoderado para el presente asunto y que no se hizo presente a la audiencia, se declara fallido el intento conciliatorio y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

6. PRUEBAS – Numeral 10º, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

1. Las pedidas por la parte demandante (fl. 25): Se tienen como pruebas las documentales aportadas con la demanda y que obran a folios 2-17 del expediente, las cuales quedaron relacionadas en la etapa de fijación del litigio. No solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

2. Las pedidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: A pesar de que la entidad demandada fue notificada en debida forma de acuerdo con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 47-48 y 51), no contestó la demanda y por lo tanto no solicitó el decreto y práctica de pruebas.

3. Pruebas de oficio: El Despacho no considera necesario decretar más pruebas de las que obran en el expediente.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN – Inciso final, Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y adicionalmente no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Juez procedió a escuchar los alegatos de conclusión de la parte demandante, antes de dictar la sentencia, quien los presentó así:

Alegatos de conclusión de la parte demandante: ratificó los hechos, pretensiones y argumentos expuestos en la demanda y solicita acceder a las pretensiones de la misma.

8. SENTENCIA – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por las apoderadas de las partes, teniendo en cuentas las pruebas y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente,

SENTENCIA N° 033 de 2018

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SECCIÓN SEGUNDA, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora MARÍA ROSA ELENA PEÑA RODRÍGUEZ en su calidad de docente oficial del Magisterio, solicita a esta Jurisdicción que anule parcialmente las Resoluciones N° 5973 del 3 de octubre de 2008, N° 0325 del 6 de febrero de 2009, N° 4389 del 8 de julio de 2016 y N° 5754 del 24 de agosto de 2016 expedidas por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante las cuales le reconoció y reliquidó la pensión de jubilación, sin incluirle la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior al status de pensionada.

En consecuencia solicita a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a través de la Secretaría de Educación de Bogotá, a que le reliquide y pague en forma indexada la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del status de pensionada, conforme a lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985; que se ordene a la entidad dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas a la entidad demandada, (fls. 18-20).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las apoderadas de las partes.

3- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes normas de rango legal, artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

Sostiene que el régimen pensional de los docentes fue determinado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, prorrogado por la Ley 1151 de 2007, es decir, se debe tener en cuenta la fecha de vinculación al servicio.

Significa lo anterior que si la vinculación del docente fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el establecido en la Ley 91 de 1989 y en las Leyes 33 y 62 de 1985, sin embargo, si la vinculación fue posterior a la entrada en vigencia de la referida ley, el régimen pensional aplicable es el regulado por la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo expuesto, considera que a la actora le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales no contemplan de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, tesis que fue ratificada por el Consejo de Estado.

Manifiesta que el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, excluyó del valor de la mesada pensional algunos factores salariales que devengó la actora en el año anterior al status de pensionada de conformidad con los certificados expedidos por la entidad pagadora.

Considera que la entidad accionada desconoció el derecho fundamental a la igualdad, y los principios de prevalencia del derecho sustancial, justicia, equidad e inescindibilidad de las normas, pues a los docentes oficiales se les debe aplicar en su integridad la norma pensional anterior (en razón a la fecha de su vinculación al servicio), que para el caso de la accionante son las referidas Leyes 33 y 62 de 1985.

por lo tanto se debe reliquidar la pensión de jubilación en cuantía del 75% con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Considera que debe aplicarse la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

Lo anterior en concordancia con las normas que regulan las prestaciones sociales y económicas de los servidores públicos, es decir, los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978 artículo 45 de la Ley 4ª de 1966 y Decreto 1743 de 1966.

Finalmente, sostiene que la Ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario establecen con precisión que la pensión se debe liquidar con base en todo lo devengado en el último año de servicio y que en esta demanda se pretende se obligue a la institución a cumplir los mandatos legales incluyendo en la liquidación todo lo percibido durante el último año de servicio, pues se trata de un mandato legal y no puede estar sometido a la discrecionalidad de la entidad, (fls. 20-25).

Oposición a la demanda por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

A pesar de que la entidad demandada fue notificada en debida forma de acuerdo con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 47, 48 y 51), no contestó la demanda.

4. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si la señora María Rosa Elena Peña Rodríguez, como docente oficial, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación de manera que corresponda al 75% del salario promedio y todo lo devengado durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, aplicando las Leyes 33 y 62 de 1985.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de la apoderada de la parte demandante y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

5- LAS NORMAS APLICABLES AL CASO, INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA

5.1. Por un lado, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, donde se dispuso que las prestaciones sociales del personal docente serían pagadas con cargo a dicho fondo, a través de las entidades territoriales. Al respecto los artículos 2¹, 4² y 15³ indican que las prestaciones sociales del personal docente están a cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de los correspondientes entes territoriales.

¹ "Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera (...) a. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)"

² "Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2º, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación"

³ "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º 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."

5.2. De otro lado, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su aplicación a los docentes, de la siguiente manera: *“El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares (...) Así mismo, se exceptúan a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con cualquier otra clase de remuneración.”* (Subrayas fuera de texto original).

Sin embargo, la exclusión de los docentes de la Ley 100 de 1993 no significa que en material pensional tengan un *régimen especial*, excepto en lo relacionado con la pensión gracia, por cuanto no hay norma que así lo disponga. De manera que, en cuanto al reconocimiento de la pensión ordinaria, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, no quedan excluidos de la aplicación de las Leyes 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, por no tener un régimen especial, como ya se dijo.

El Consejo de Estado ya lo había expresado, cuando indicó que los docentes *“... en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones...”*⁴

Conservando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado⁵ tenemos que *“... Es innegable que por disposición del Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, tales servidores gozan de un régimen especial en materia de administración de personal, materia disciplinaria, etc. Tal circunstancia no los coloca en la posibilidad de que para efectos de reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación no se rijan por la Ley 33 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y Ley 6ª de 1945; así mismo, no encuentra la Sala ninguna razón válida para que el señor RUBÉN DARÍO RESTREPO en su condición de docente nacionalizado al servicio del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, no deba ceñirse a las disposiciones de la Ley 33 de 1985 para efectos del reconocimiento de su pensión de jubilación.”* (Énfasis del Despacho)

Conviene precisar que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 sólo se aplican a los docentes que se hayan vinculado a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 81 dispuso: *“Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”*

Así lo reiteró el Acto Legislativo No. 1 de 2005 en el parágrafo transitorio 1º cuando expuso que *“...El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”*.

⁴ Sentencia del 23 de febrero de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, Radicación Número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04).

⁵ Sentencia 20 de septiembre de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P.: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación Número: 73001-23-31-000-2002-01807-01(1067-05).

Advierte el Despacho que a la parte actora no le es aplicable la Ley 812 de 2003, por cuanto se vinculó al servicio docente con anterioridad a la expedición de dicha ley, desde el 8 de mayo de 1986 (fl. 5). Esto es así, porque como se indicó la misma Ley 812 de 2003 en el artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley, es el contenido en las disposiciones anteriores.

5.3. Ahora bien, entre las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se promulgó la Ley 91 de 1989 - el 29 de diciembre de 1989- , se hallaba la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, que por lo tanto es el régimen legal aplicable a la parte demandante.

Es preciso señalar que la Ley 33 de 1985 contenía un régimen de transición para quienes a su vigencia llevaran 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el 13 de febrero de 1985, régimen del que la parte demandante no alcanzó a beneficiarse por no cumplir este requisito, dado que solo ingresó a laborar desde el 8 de mayo de 1986, (fl. 5).

Por su parte, la Ley 33 de 1985 dispuso en sus artículos⁶ 1º y 3º que el tiempo de servicio, la edad, el porcentaje de la pensión y los factores sobre los cuales se debía cotizar a la respectivas cajas.

Visto lo anterior, se concluye, sin equívocos, que el régimen pensional aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, en virtud de lo cual su pensión se debe reconocer y liquidar con el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que devengo durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, en este caso, del salario promedio del lapso comprendido entre el 28 de mayo de 2006 al 28 de mayo de 2007.

5.4. En relación con los factores salariales para liquidar la pensión, se tiene entonces que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, indicó que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, inciso que permite concluir que la lista de factores salariales descrita en el inciso 2º, artículo 1º de la mencionada Ley 62 de 1985, no es taxativa, sino simplemente enunciativa.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ cuando expuso que "...para la liquidación de la pensión serán factores los enunciados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y todos aquellos sobre los cuales se haya efectuado aportes con destino a la entidad de previsión. Así mismo, si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad podrá efectuar los respectivos descuentos..." (Subrayado del Despacho).

En este orden de ideas, se tiene que, como la lista de factores salariales descrita en el inciso 2º, artículo 1º de la mencionada Ley 62 de 1985 no es taxativa, sino simplemente enunciativa, la parte demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión

⁶ "ARTICULO 10. 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 (...)" (Subrayas fuera de texto original).

"Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

⁷Sentencia del 12 de abril de 2007, del Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2005-06142-02

vitalicia de jubilación con la *totalidad de los factores* que percibió durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada. Si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad de previsión podrá efectuar los respectivos descuentos,⁸ conforme a la jurisprudencia y al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969.

Resalta el Despacho que el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, mediante sentencia del 04 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó las tesis antagónicas que tenían las Subsecciones A y B a la hora de resolver sobre la reliquidación de las pensiones al amparo de las Leyes 33 y 62 de 1985⁹, consolidó su interpretación sobre el tema, precisando que se debían incluir todas las sumas que habitual y periódicamente hubiese percibido el titular del derecho pensional en el último año de servicio, sin importar si se hubiere cotizado sobre los mismos o su taxatividad, salvo que estuviese expresamente prohibido por la ley su inclusión como factor salarial. En el mismo sentido lo ha señalado el Consejo de Estado en concepto de 16 de febrero de 2012 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 2011-0049 (2069).

Esta tesis fue reiterada por el Consejo de Estado, es decir, que para liquidar las pensiones gobernadas por la Ley 33 de 1985 se debe tener en cuenta *“los factores que devengó en el último año de servicios...en cumplimiento de la tesis mayoritaria de la sala adoptada en sentencia del 4 de agosto de 2010. Rad. 0112-2009...”*, como se observa en el fallo del 9 de abril de 2014, expediente 2009-0384-01 (3058-13) C.P. Rafael Vergara, Sección Segunda, Subsección A.

De otra parte, cabe resaltar que en el presente caso, no resulta aplicable lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015¹⁰, en la que sostuvo que el IBL no constituye un elemento del régimen de transición contenido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que conforme a lo establecido en el artículo 279 *ibídem*, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del sistema integral de seguridad social contenido en dicha ley.

De conformidad con lo anterior, se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos a través de los cuales se denegó la reliquidación pensional y a modo de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARÍA ROSA ELENA PEÑA RODRÍGUEZ, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, es decir, debe corresponder al setenta y cinco por ciento (75 %) del salario promedio devengado durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, incluyendo en la base de liquidación, no solo la asignación básica y la prima de vacaciones ya reconocidas, sino también el *sobresueldo del 20%*, *auxilio de movilización*, *prima especial* y *prima de navidad (1/12)*, devengadas durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada, comprendido entre el 28 de mayo de 2006 al 28 de mayo de 2007, de acuerdo con el certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., (fl. 14-15).

Así, la reliquidación debe efectuarse a partir del 29 de mayo de 2007 (fecha de efectividad de la pensión al estatus reconocido así en la Resolución N° 5973 del 3 de octubre de 2008, fls. 4-7), pero con prescripción trienal de las diferencias de las

⁸ Sentencia del 12 de abril de 2007, del Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Número: 25000-23-25-000-2005-06142-02.

⁹ Expediente 25000232500020060750901 Número interno 0112 2009, Sala Plena del Consejo de Estado, C.P. Víctor Alvarado, Actor Luis Mario Velandia. Al decidir el recurso de apelación dentro de la acción de nulidad y restablecimiento de la referencia unificó las distintas tesis que tenían las Subsecciones A y B a la hora de resolver sobre la reliquidación de las pensiones. Ratificada por la Sección Segunda de dicha Corporación en sentencia del 25 de febrero de 2016 dictada con criterio de unificación dentro del proceso No. 25000234200020130154101.

¹⁰ Corte Constitucional. SU230/15. Referencia: Expediente T- 3.558.256. Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

mesadas pensionales causadas antes del 21 de octubre de 2013, en consideración a que entre la adquisición del status de pensionada (29 de mayo de 2013, fls. 4-7) y la presentación de la demanda (21 de octubre de 2016, fl. 32) transcurrieron más de tres años.

Si existieran factores sobre los cuales no se aportó para seguridad social, la entidad demandada podrá efectuar los respectivos descuentos¹¹, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 y el literal b, del artículo 2° de la Ley 4 de 1966, pero con efectos fiscales o descuentos a partir del 28 de mayo de 2002 al 28 de mayo de 2007, toda vez que la accionante adquirió el status de pensionada con efectividad a partir del 29 de mayo de 2007.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los referidos aportes constituyen una obligación parafiscal¹², lo que significa que para su cobro debe aplicarse el artículo 817 del Estatuto Tributario¹³ modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014, que establece que el término de prescripción de la acción de cobro será de 5 años a partir de la fecha en que se hicieran exigibles.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, desvirtuando así la presunción de legalidad que amparaba los actos demandados.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reajuste de la pensión de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = R h X \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

6. Costas y agencias en derecho

En relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se registrarán

¹¹ Sentencia del 12 de abril de 2007, del Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2005-06142-02.

¹² "3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)". (Resaltado fuera de texto)". C-895-2009.

¹³ ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de (...). La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea. 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores. 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencida fue la entidad demandada quien estuvo debidamente representada.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por la Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, nuestro órgano de cierre en la sentencia del 7 de abril de 2016, proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la entidad demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$801.047 que deben ser liquidadas por Secretaría.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara la nulidad parcial de las Resoluciones N° 5973 del 3 de octubre de 2008, N° 00325 del 6 de febrero de 2009, N° 4389 del 8 de julio de 2016 y N° 5754 del 24 de agosto de 2016, a través de las cuales la entidad reconoció y reliquidó la pensión de jubilación a la parte demandante sin incluirle todos los factores salariales devengados en el año anterior a que adquirió el estatus de pensionada, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., a reliquidar y pagar en forma indexada la pensión de jubilación de la señora MARÍA ROSA ELENA PEÑA RODRÍGUEZ, identificada con la C.C. N° 20.643.553, de la siguiente manera: (i) que corresponda al 75% del promedio del sueldo y todo lo devengado durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada (comprendido entre 28 de mayo de 2006 y el 28 de mayo de 2007), conforme a la Leyes 33 y 62 de 1985 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, incluyendo en la base de liquidación, no solo los factores salariales de asignación básica y la prima de vacaciones ya reconocidas, sino también el *sobresueldo del 20%, auxilio de movilización, prima especial y prima de navidad (1/12)*, según lo probado y teniendo en cuenta el grado que

ostentaba la accionante en el Escalafón Nacional Docente al momento de adquirir el status de pensionada, efectiva desde el 29 de mayo de 2007, fecha de efectividad de la pensión, pero con efectos fiscales o pago desde el 21 de octubre de 2013, en consideración a que operó la prescripción trienal del reajuste de las diferencias de las mesadas anteriores a esta fecha y pagarle la diferencia de las respectivas mesadas, reajustando en adelante la pensión y sin perjuicio de los reajuste anuales de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, (ii) si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad de previsión podrá efectuar los respectivos descuentos conforme al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 y el literal b, artículo 2 de la Ley 4° de 1966 y, (iii) la Entidad demandada podrá descontar los valores legales correspondientes a los aportes no efectuados para pensión (prima especial, auxilio de movilización y prima de navidad) por los cinco años anteriores al status de pensionada, comprendido entre el 28 de mayo de 2002 al 28 de mayo de 2007, por prescripción extintiva y las sumas que resulten de la deducción legal señalada deben ser actualizadas con el fin de que no pierdan su valor adquisitivo, de conformidad con el art. 817 del Estatuto Tributario.

TERCERO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la pensión de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula que quedó consignada en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la entidad demandada correspondientes en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma ochocientos un mil cuarenta y siete pesos (\$801.047), por Secretaría liquídese.

QUINTO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SEXTO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a la interesado el remanente de lo que consignó para los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS
JUEZ

Esta sentencia quedó notificada en estrado a las partes, así no hayan comparecido a la audiencia, de conformidad con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a la apoderada de la parte demandante si va a apelar la sentencia.

La apoderada de la parte demandante. Manifiesta que no interpone recurso de apelación contra la sentencia.

Se deja constancia que la presente sentencia no fue apelada por la apoderada de la parte demandante.

CONTROL DE LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 207 LEY 1437/2011

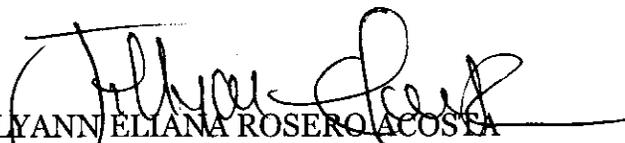
Se indaga a la apoderada de la parte demandante para que manifieste si hasta este momento procesal encuentra algún vicio o nulidad que invalide lo actuado.

La apoderada de la parte demandante manifiesta que no encontró causales de nulidad que invaliden lo actuado.

El Despacho tampoco encuentra vicios o nulidades que invaliden lo actuado incluida la sentencia.

Finalmente, se deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f C.P.A.C.A.).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 3:45 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


JILLYANN ELIANA ROSERO ACOSTA
C.C. N° 1.032.369.899
T.P. N° 240.513 del C. S. de la J.
Apoderada de la parte demandante


HUGO JOSÉ DÍAZ GONZÁLEZ
Profesional Universitario del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad de Bogotá


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez

