

## Edición Especial

### CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA

**TEMA: EVENTO EN EL QUE NO ES PROCEDENTE LA INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.**

**FUENTE: NOTINET**

**Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)**

**Radicación número: 68001 23 33 000 2013 00700 01 (4632-14)**

**Actor: MARÍA INÉS NIÑO DE AMADO**

**Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio Bucaramanga-Secretaría de Educación Municipal**

**Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-082-2017**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

#### ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

#### LA DEMANDA<sup>1</sup>

La señora María Inés Niño de Amado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Educación Municipal.

Pretensiones.

1. Declarar la nulidad del Oficio SEB-JUR 0962 del 6 de junio de 2013, proferido por la Secretaría de Educación de Bucaramanga – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Educación Municipal a reliquidar la primera mesada pensional reconocida mediante Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados como son la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

<sup>1</sup>

3. Condenar a las demandadas a indexar la primera mesada pensional que resulte de la inclusión de todos los factores mediante la actualización del IBL.
4. Declarar que el IBL debidamente indexado corresponde a la suma de \$2.796.586.
5. Declarar que el valor de la mesada pensional equivalente al 75% del IBL corresponde a la suma de \$2.097.440, con efectividad a partir del 2 de septiembre de 2006.
6. Condenar a las demandadas a pagar las diferencias entre lo cancelado por cuenta de la Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007, desde el 2 de septiembre de 2006 y las sumas adeudadas.
7. Condenar a las demandadas a pagar las mesadas pensionales que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda con los respectivos incrementos de ley.
8. Ordenar a las demandadas a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.
9. Condenar en costas a las demandadas.

#### DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la prueba.<sup>2</sup>

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

#### Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)<sup>3</sup>

En el presente caso a folio 101 y CD a folio 99, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] falta de legitimación en la causa del Municipio de Bucaramanga. [...] debe entenderse que el Municipio de Bucaramanga, como entidad territorial que es, no se encuentra legitimado en la causa por pasiva, y en consecuencia, esta excepción se declara probada.

[...]en atención a la anterior declaratoria, el Despacho se relevará de estudiar de estudiar las excepciones de legalidad del acto administrativo e inexistencia del derecho, genérica y prescripción, presentadas a solicitud del Municipio de Bucaramanga-Secretaría de Educación Municipal, como quiera que ante la prosperidad de la mencionada, ya no sería parte del presente proceso y por tanto queda excluido del mismo. [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

#### Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)<sup>4</sup>

En el sub lite a folio 102 de la audiencia inicial y en CD a folio 99 se fijó el litigio respecto los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

---

<sup>2</sup> Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo. Hernández Gómez William, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

<sup>3</sup> Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El Juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

<sup>4</sup> La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

## Hechos relevantes según la fijación del litigio

«[...] Se puso a consideración de los intervinientes las siguientes premisas respecto de las cuales el Despacho ponente considera que están de acuerdo:

1. Que la accionante fue vinculada al servicio del Magisterio Oficial, en calidad de docente con carácter Departamental desde el 19 de julio de 1976, tal como consta en la Resolución No. 0061 de 2007 visible a folios 59 a 60 del informativo.
2. Que al cumplir los 55 años de edad y 20 años de servicios al Magisterio Oficial, el 01 de septiembre de 2006, la demandante solicitó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BUCARAMANGA – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento de una pensión de jubilación
3. Que mediante la Resolución No. 0061 del 6 de febrero de 2007, la Secretaría de Educación de Bucaramanga, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 02 de septiembre de 2006 (Fls. 59-60)
4. Que la señora MARÍA INÉS NIÑO DE AMADO en escrito presentado ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, solicitó la revisión o reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados.
5. Que mediante oficio No. SEB-JUR 0962 del 6 de junio de 2013, expedido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, negó la solicitud de incluir la totalidad de factores salariales devengados en acatamiento de la Circular No. 006 de 2007 emitida por la Fiduciaria la Previsora (Fls. 10-12).

[...] se concreta el desacuerdo o litigio así: “se circunscribe a determinar si en efecto al Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está en la obligación de reliquidar la pensión de jubilación de la señora MARÍA INÉS NIÑO DE AMADO, incluyendo todos los factores salariales percibidos”. [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

## SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia escrita del 11 de agosto de 2014, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de hacer un análisis respecto de la Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007, por medio de la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la señora María Inés Niño de Amado, efectiva a partir del 2 de septiembre de 2006, y del acto administrativo demandado (Oficio SEB-JUR 0962 del 6 de junio de 2013) a través del cual le fue negada la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados, señaló que la administración únicamente tuvo en cuenta la asignación básica mensual para la liquidación de su pensión, sin tener en cuenta los factores de prima de navidad y de vacaciones.

Luego, teniendo en cuenta que la demandante acreditó la calidad de docente nacionalizada, hizo un análisis de la normatividad aplicable para efectos de reconocer y liquidar la pensión de jubilación de los docentes oficiales, de la cual concluyó que al cuerpo docente lo rigen las normas generales sobre pensiones del sector público contenidas en la Ley 33 de 1985 y en la Ley 91 de 1989.

Frente a los factores pensionales susceptibles de ser tenidos en cuenta para obtener el IBL de la pensión de jubilación de estos, sostuvo que debía aplicarse la sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila<sup>6</sup>, según la cual, la Ley 33 de 1985 no reguló taxativamente los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, por lo que no se impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

En el caso concreto de la señora María Inés Niño de Amado, consideró que si bien tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores devengados, no era procedente ordenar la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente

---

<sup>5</sup> Folios 290 a 299

<sup>6</sup> Radicación 250002325000200607509-01 (0112-09)

anterior a que adquirió el estatus pensional toda vez que la demandante continuó vinculada como docente hasta el 30 de enero de 2010, fecha en la que se retiró definitivamente del servicio; por tanto, ordenó que la reliquidación debía efectuarse con los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios (30 de enero de 2009 a 30 de enero de 2010).

Frente a la indexación de la primera mesada pensional precisó que en aplicación de los principios constitucionales se ha reconocido este derecho cuando, habiendo ocurrido el retiro del servicio, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho con posterioridad a éste, de modo que con el transcurso del tiempo el salario con el que se liquidó la pensión habría sufrido un detrimento. En ese sentido, sostuvo que como en el caso de la señora Niño de Amado se le reconoció la pensión pero continuó trabajando, no es procedente indexar la primera mesada pensional sino la reliquidación de su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio.

Finalmente declaró la prescripción de las mesadas pensionales con anterioridad al 16 de julio de 2010.

En consecuencia, declaró la nulidad del Oficio SEB-JUR 0962 del 6 de junio de 2013; como restablecimiento del derecho ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la demandante aplicando el 75% al salario promedio devengado durante el último año de prestación de servicios, es decir, entre el 30 de enero de 2009 y el 30 de enero de 2010, con la inclusión de las primas de navidad y vacaciones; declaró la prescripción de las mesadas pensionales con anterioridad al 16 de julio de 2010; condenó en costas al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y denegó las demás pretensiones de la demanda.

#### RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>

La parte demandante presentó recurso de apelación frente a la decisión del a quo por cuanto ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios y por la negativa de indexar la primera mesada pensional.

Precisó que si con la sentencia hubo un reconocimiento pleno de la pensión de jubilación, es decir, que se tuvieron en cuenta todos los factores devengados para efectos de obtener el IBL, la pensión reconocida inicialmente perdió poder adquisitivo por el trascurso del tiempo. En ese sentido, indicó que la liquidación de la pensión con la totalidad de los factores devengados en el último año previo a la adquisición del estatus pensional equivalía a \$2.152.876, por tanto el monto de la pensión debió ser de \$1.614.657 efectiva a partir del 2 de septiembre de 2006. Dicho monto pensional indexado a julio de 2014 ascendería a \$2.158.312.

Por tanto, según lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Santander que dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación con base en el promedio del último año de servicios, esta sería equivalente a \$1.927.898; es decir, que al proyectar la pensión al 2014, la pensión liquidada conforme lo ordenó el tribunal ascendería a \$2.154.547, valor inferior al monto correspondiente a la aplicación de la indexación desde el año 2006 que sería de \$2.925.150.

De otro lado, indicó que el estatuto laboral del magisterio permite que los docentes continúen vinculados al servicio activo, aun después de haber obtenido el reconocimiento de su pensión de jubilación; situación diferente a los demás servidores públicos quienes deben retirarse del servicio para disfrutar del beneficio pensional. De acuerdo con lo anterior, a los empleados del sector público en general la pensión se les reconoce con los factores salariales devengados en el último año de servicios, lo cual no ocurre con los docentes a quienes se les tiene en cuenta los factores del año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional.

Por consiguiente, consideró que debe condenarse a la demandada a obtener el ingreso base de liquidación con la inclusión de todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, es decir, entre el 2 de septiembre de 2005 y el 1.º de septiembre de 2006.

Finalmente, sostuvo que el Tribunal Administrativo de Santander ha reconocido en casos similares la indexación de la primera mesada pensional, frente a la reliquidación de la pensión por inclusión de los factores salariales devengados y no tenidos en cuenta para su reconocimiento inicial. Asimismo, señaló que la indexación de la primera mesada difiere de la indexación regulada en el artículo 187 del CPACA; y que la decisión adoptada en el presente asunto desconoce el precedente horizontal del tribunal.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante<sup>8</sup>: La parte reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: La entidad demandada no se pronunció.<sup>9</sup>

Concepto del Ministerio Público: El agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.<sup>10</sup>

## CONSIDERACIONES

### Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>11</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

### Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, reconocida mediante Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007 con la totalidad de factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?
2. ¿La señora María Inés Niño de Amado tiene derecho a la indexación de su primera mesada pensional aun cuando al momento del reconocimiento pensional continuó laborando como docente?
3. En caso de tener derecho a la reliquidación solicitada, ¿debe declararse la prescripción de mesadas pensionales en el caso concreto y a partir de cuándo?

### Primer problema jurídico.

¿Hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, reconocida mediante Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007 con la totalidad de factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?

La Subsección sostendrá la tesis de que era procedente la reliquidación de la pensión de jubilación demandada, con la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional. Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

En primer lugar, habrá de anotarse que en este caso no procede la discusión sobre la forma de aplicar el ingreso base de liquidación para las personas incluidas en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, artículo 36, en la medida en que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encontraban excluidos expresamente de la aplicación de esta ley según el contenido del artículo 279 ib.

Por tal razón para ellos existe un régimen de transición especial consagrado en la Ley 812 de 2003 que establece en su artículo 81 que a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de esta última ley), se les aplicará el régimen jurídico pensional vigente hasta esa fecha, como ocurre en este caso, y a quienes se vinculen con posterioridad se rigen por la Ley 100 y normas complementarias. Así lo ha entendido no solo la jurisprudencia de esta

---

<sup>8</sup> Folios 366 a 368

<sup>9</sup> Folio 369

<sup>10</sup> Ídem

<sup>11</sup> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

Corporación<sup>12</sup> sino también la Corte Constitucional<sup>13</sup>.

En ese sentido, y de acuerdo con la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila<sup>14</sup>, esta Sección sostuvo:

«[...] Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado. [...].»

De acuerdo con lo anterior, coincide la Subsección con la parte demandante y con el a quo, en el sentido de que tenía derecho a que su pensión de jubilación se liquidara con el 75% de todos los factores salariales creados de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política, percibidos durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional (1.º de septiembre de 2005 a 1.º de septiembre de 2006) y que fueron certificados por la Secretaría de Educación de Bucaramanga (sueldo, prima de vacaciones y prima de navidad).

Ahora bien, la discusión del recurrente radica en que tiene derecho a la reliquidación con base en lo devengado en el último año anterior a la adquisición del status pensional y no con el último año de servicios anterior al retiro como finalmente lo dispuso el tribunal en primera instancia.

En tal sentido debe indicarse que el ordenamiento jurídico colombiano así como la jurisprudencia de esta Corporación, reconocen que los docentes oficiales tienen derecho a disfrutar la pensión de jubilación mientras continúan prestando el servicio público de educación.<sup>15</sup> Así, el Decreto 224 de 1972, vigente a la fecha, regula en su artículo 5.º que «[...] El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto, para la tarea docente, pero se decretará el retiro forzoso al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. [...].»

De igual forma, el artículo 6.º de la Ley 60 de 1993 mantuvo la compatibilidad entre prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente. Es decir, mantiene la posibilidad de que los docentes a los cuales se les ha reconocido la pensión de jubilación puedan disfrutar de ella, mientras continúan trabajando hasta su retiro definitivo.

«[...] ARTÍCULO 6o. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

[...]

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal

---

<sup>12</sup> Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13-11-2014, radicado 15001-23-33-000-2012-00170-01, número interno 3008-13, demandante Leonel Hernández Hernández, demandado Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Indicó la corporación que si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

<sup>13</sup> Sentencia SU-189-2012

<sup>14</sup> Radicación 25000232500020060750901 (0112-09). Luis Mario Velandia contra Cajanal

<sup>15</sup> Ver sentencias del 7 de septiembre de 2006 con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, Radicación: 25000232500019990569501 (931-05) y del 3 de mayo de 2012 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 68001233100020080028701 (1896-11)

será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. [...]»

De otra parte, con base en esta prerrogativa y en aplicación del artículo 9 de la ley 71 de 1988<sup>16</sup> las personas que se retiran del servicio han tenido derecho a que su pensión sea reliquidada con el promedio de lo devengado durante el último año anterior al retiro del servicio. Ello, con el fin de que en ese momento tengan la posibilidad de incrementar el monto pensional, ya sea porque se devengan otros factores computables, o porque el salario base de liquidación sea superior que el que sirvió de base a la pensión devengada en ese momento.

No tiene sentido pensar que una prerrogativa o derecho que la ley otorga al pensionado, pueda conllevar a que la mesada disminuya en su valor, por lo tanto, es del resorte exclusivo de quien tiene ese derecho, el hacerlo efectivo o no según las circunstancias particulares.

En efecto, ha sido frecuente que un pensionado del magisterio, pese a devengar pensión de jubilación, continúe trabajando, sin que con ello se desconozca el derecho pensional adquirido. De otra parte, puede suceder que ese mismo pensionado continúe laborando pero con un salario inferior al que percibía al momento del retiro o que este pierda su valor adquisitivo frente al valor actualizado de la pensión. Ello, por efectos de la diferencia porcentual que se puede presentar entre los incrementos que realiza el Gobierno Nacional a los salarios y los que corresponden por ley a las pensiones (que no puede ser inferior al IPC del año inmediatamente anterior).

En este último caso es evidente que es el docente quien tiene el derecho o prerrogativa de solicitar el reajuste pensional con base en lo devengado al momento del retiro del servicio y si no lo hace, no puede la entidad de previsión, motu proprio, realizar el reajuste ya que ello afectaría el derecho pensional ya concedido.

Caso concreto.

En el caso concreto corresponde determinar si la demandante tenía derecho a que su pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007 fuera reliquidada con la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el estatus, es decir, entre el 1.º de septiembre de 2005 y el 1.º de septiembre de 2006 o como lo determinó el a quo, es decir, con lo devengado a la fecha del retiro definitivo.

En ese sentido, tenemos que el tribunal concluyó que había lugar a la liquidación con base en lo devengado al retiro, por cuanto la petición de reliquidación se presentó más de tres años después de haber ocurrido este. Pese a lo anterior, el actor discute que lo pedido era la reliquidación con base en lo devengado al momento del status, puesto que dicha mesada resulta más beneficiosa que la que ordenó el tribunal con base en lo devengado al momento del retiro, si se actualizan ambas a valor presente. Así las cosas, procederá esta Sala a revisar el caso concreto.

En efecto, encuentra la Subsección que la Resolución 0061 de 2007 le reconoció la pensión de jubilación a la señora Niño de Amado teniendo en cuenta como factor, únicamente el sueldo o asignación básica por valor de \$1.907.779<sup>17</sup>, a pesar de que la Secretaría de Educación de Bucaramanga acreditó que la demandante percibió en dicho periodo los factores de prima de vacaciones y prima de navidad (folio 3).

En el certificado mencionado se acreditaron los siguientes valores por concepto de prima de navidad y de vacaciones: prima de navidad (2005)= \$1.922.906 y (2006) \$2.019.052; prima de vacaciones (2005)= \$922.995 y (2006) \$969.145. Así las cosas, el monto pensional resultante de la reliquidación a que tenía derecho el demandante, es el siguiente:

Concepto	total	Factor ponderado (2005= 4/12) (2006= 8/12)	promedio/ doceava
----------	-------	--	----------------------

<sup>16</sup> "Artículo 9. - Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social. Parágrafo.- La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles."

<sup>17</sup> Ver folios 8 y 9

básico 2005	\$ 1.845.990	\$ 610.202	\$ 610.202
p. vacaciones 2005	\$ 922.995	\$ 305.101	\$ 25.425
p. navidad 2005	\$ 1.922.906	\$ 635.627	\$ 52.969
básico 2006 8/12	\$ 1.938.290	\$ 1.297.577	\$ 1.297.577
p. vacaciones 2006	\$ 969.145	\$ 648.789	\$ 54.066
p. navidad 2006	\$ 2.019.052	\$ 1.351.643	\$ 112.637
		Total IBL	\$ 2.152.876
Valor pensión		75%	\$ 1.614.657

Este valor, conforme el incremento ordenado por la ley (que no puede ser inferior al incremento del IPC del año anterior), debió ascender para el día 30 de enero de 2010 a \$ 1.958.133,18. Veamos

Año	Incremento IPC	Mesada
2006	4,48%	\$ 1.614.657,00
2007	5,69%	\$ 1.686.993,63
2008	7,67%	\$ 1.782.983,57
2009	2%	\$ 1.919.738,41
2010		\$ 1.958.133,18

Ahora bien, la liquidación ordenada por el tribunal de primera instancia, obliga a tomar los valores percibidos durante el año febrero 2009 a enero 2010, es decir, los siguientes factores y liquidación:

promedio/doceava	Promedio o doceava devengados al retiro
salario	\$ 2.034.963
p. vacaciones 1/12	\$ 200.084
p. navidad 1/12	\$ 96.040
Total	\$ 2.331.087
Valor Pensión	\$ 1.748.315

Es decir, el valor liquidado resulta inferior a aquel que venía devengando como derecho pensional y por tanto era facultativo del beneficiario del derecho, el solicitar la reliquidación en ese sentido.

Así las cosas, vemos que la demandante solicitó a la entidad se reliquidara la pensión con base en los factores consagrados legalmente a su favor, con retroactividad al 2 de septiembre de 2006, es decir, con base en lo devengado en el último año anterior a la adquisición del status pensional. Por



esta razón, no era viable que el tribunal ordenara la liquidación con base en lo devengado a la fecha del retiro.

Ahora bien, el derecho al reajuste de la pensión no prescribe puesto que lo que sí es sancionable con dicho fenómeno son las diferencias no reclamadas; por tanto, no debió concluirse que el derecho al reajuste con base en lo devengado en el año anterior al status, ya no era posible reclamarlo, y que por tanto solo procedía la liquidación tomando la fecha de retiro.

Lo anterior, aunado a que la base pensional inicialmente liquidada se tiene en cuenta y beneficia o afecta los años subsiguientes. Por lo tanto, como el derecho a la reliquidación de la pensión a la fecha del retiro es una prerrogativa del pensionado y en este caso específico le resulta más favorable a la demandante el primer monto pensional, no podía ordenarse la reliquidación en forma que resultara perjudicada.

En conclusión: La señora María Inés Niño de Amado tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución 0061 del 6 de febrero de 2007, con la inclusión de todos los factores (creados de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política) devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Segundo problema jurídico.

¿La señora María Inés Niño de Amado tiene derecho a la indexación de su primera mesada pensional aun cuando al momento del reconocimiento pensional continuó laborando como docente?

La Subsección sostendrá la tesis de que en el caso concreto no es procedente la indexación de la primera mesada pensional de la señora María Inés Niño de Amado, por las siguientes razones:

La indexación de la primera mesada ha sido entendida por esta Corporación como el mecanismo que se utiliza, en aplicación de los principios de equidad y justicia, para revalorizar las obligaciones pensionales con el fin de traer a valor presente las sumas que han perdido su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo.

Frente a la indexación de la primera mesada pensional, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de febrero de 2013 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo:

«[...] En ese orden de ideas lo primero que se recuerda frente a la indexación de la primera mesada pensional, es que si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, que el trabajador no tiene porque soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios. [...]»<sup>18</sup> (Subraya de la Subsección)

En ese orden de ideas, la indexación de la primera mesada pensional procede en aplicación del principio de equidad y como salvaguarda al derecho constitucional a la seguridad social, incluso, frente a los regímenes especiales existentes en Colombia, como lo es el de los docentes.

Ahora bien, esta Corporación también ha sido clara en cuanto a que la indexación de la primera mesada «[...] se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento [...]»<sup>19</sup>

Lo anterior significa que el derecho a la indexación citada se causa cuando habiendo cumplido el

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 7 de febrero de 2013. Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Demandante: María Stella Rojas de Beltrán. Demandado: Municipio de Palmira. Radicación 76001-23-31-000-2008-00785-01(0268-12).

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación 760012331000200801205-01 (1995-11). Gersaín Daza contra el Municipio de Palmira (Valle del Cauca)



su procedencia.

Tercer problema jurídico.

¿En caso de tener derecho a la reliquidación solicitada, ¿debe declararse la prescripción de mesadas pensionales en el caso concreto y a partir de cuándo?

La Subsección sostendrá que las diferencias en las mesadas pensionales susceptibles de ser pagadas conforme lo ya determinado, y que se causaron durante los tres años precedentes a la petición de reliquidación, no se encuentran prescritas. Las demás sí están afectadas con este fenómeno.

En efecto, tal como lo estableció el a quo, de acuerdo con las normas que regulan la prescripción en materia laboral, las prestaciones o mesadas pensionales que no son reclamadas dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, prescriben a favor de la administración. Si se presenta petición en tal sentido, el reclamo interrumpe el cómputo de este término hasta por un lapso igual.

En este caso, tenemos que la solicitud de reliquidación que dio origen al acto aquí demandado se presentó el 20 de mayo de 2013<sup>22</sup>, es decir, al aplicar la prescripción trienal de las mesadas pensionales todas las mesadas causadas antes del 20 de mayo de 2010 están prescritas. Ello, en la medida en que como la demanda que originó este proceso se presentó en julio de 2013, surtió efectos la interrupción de que trata el ordinal 2 del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Por tal razón, no le asistió razón al tribunal al señalar que prescribieron los montos a que tiene derecho la demandante, causados antes del 16 de julio de 2010.

En conclusión: La Subsección considera que si bien la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación a partir del 2 de septiembre de 2006, todas las diferencias en las mesadas pensionales causadas entre esa fecha y el 19 de mayo de 2013 se encuentran prescritas, sin que haya dejado de operar la interrupción del término, que se dio con la petición de reliquidación pensional.

Decisión de segunda instancia

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado modificará los ordinales 2.1 y 3 de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 11 de agosto de 2014, por las razones expuestas en esta providencia

De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección<sup>23</sup> y de acuerdo con el artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia, por cuanto la apelación resultó parcialmente favorable a las pretensiones de la recurrente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "A" administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Modificar los ordinales 2.1 y 3 de la parte resolutive de la sentencia proferida en este proceso el 11 de agosto de 2014, por el Tribunal Administrativo de Santander. En consecuencia los apartes a modificar quedarán así:

Segundo: Como consecuencia de la nulidad declarada y a título de restablecimiento del derecho, se dispone:

**1. ORDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO efectuar una nueva**

<sup>22</sup> Ver folios 276 a 280

<sup>23</sup> Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

liquidación de la Pensión de Jubilación de la señora MARIA INÉS NIÑO DE AMADO, identificada con la cédula de ciudadanía 37.814.273 de Bucaramanga, aplicando el 75% del salario promedio devengado durante el último año de prestación del servicio anterior a la adquisición del status pensional, esto es, del 1 de septiembre de 2005 al 1 de septiembre de 2006, con la inclusión de las PRIMAS DE NAVIDAD y VACACIONES, según certificación visible a folio 201.

**2. [...]**

Tercero: DECLARAR, de oficio, la PRESCRIPCIÓN de las diferencias en las mesadas pensionales que resulten de la reliquidación ordenada, que se hayan causado con anterioridad al 20 de mayo de 2010.

Segundo: En lo demás confírmese la sentencia recurrida.

Tercero: Sin condena en costas en la instancia.

Cuarto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**