



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

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00378-00
Demandante: DIVA DUSSAN PEÑA
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL,
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO.
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de
primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Diva Dussan Peña 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 Diva Dussan Peña, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad la Resolución No. 7156 del 16 de diciembre de 2002, mediante la cual se reconoció la pensión de la demandante.

2. Se declare la nulidad de la Resolución 3242 del 22 de junio de 2012, por la cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Reliquidar la pensión ordinaria incluyendo todos los factores salariales devengados.

Pagar la suma de \$7.260.526 por concepto de la diferencia promedio \$173.652 dejada de pagar en la mesada pensional desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2015.

Pagar las sumas que a partir de enero de 2016 sigan causándose en razón de tal diferencia mensual hasta el pronunciamiento del fallo.

Pagar la suma que resulte de aplicar el IPC anual por los 2013,2014 y 2015.

Pagar la suma que resulte de aplicar el reconocimiento de intereses comerciales sobre la suma \$7.260.526.

Pagar la suma que resulte de aplicar el reconocimiento de intereses moratorios a que haya lugar sobre \$7.260.526.

Pagar las constas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 14 -18):

Prestó los servicios continuos a la Nación en el ramo de la docencia oficial por mas de 30 años.

El 16 de diciembre de 2002 le fue reconocida a la docente la pensión ordinaria de jubilación, según Resolución No. 7156 de la misma fecha, prestación que fue liquidada sin incluir todos los factores salariales.

Mediante Resolución No. 12165 del 25 de octubre de 2011, fue retirada del servicio a partir del "3 de noviembre de 2011" (sic), en virtud del cumplimiento de la edad.

El 14 de diciembre de 2011, la docente radicó petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitando la reliquidación de su pensión, siendo negada a través de la Resolución No. 3242 del 22 de junio de 2012.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas citó el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Señaló que la Ley 91 de 1989 prevé incluir la prima de navidad entre los factores salariales al liquidar la pensión para los empleados públicos del orden nacional.

Adujo que la Ley 812 de 2003 dispone que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, lo que significa que esta ley rige solo para los que se vinculen con posterioridad a ella no para antiguos docentes.

Refirió que los actos administrativos demandados van en contravía de la copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado.

Citó la sentencia de unificación de la Sección segunda del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010 radicado 2006-07509-01, M. P Víctor Hernando Alvarado, en la que se indicó que para el computo de la pensión de jubilación bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 deben tenerse en cuenta todos los factores y salarios devengados en el último año, en razón a que la interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad.

En el mismo sentido, indicó la sentencia proferida por la misma Corporación con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 0402-08, preceptuó que en la liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario, entre otras.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 33 a 37).

Invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que la entidad no es la llamada a responder por los actos acusados.

Citó el artículo 211 de la Constitución política y el artículo 9 de la Ley 489 de 1998.

Arguye que la llamada a responder por todo lo relacionado con el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es precisamente, la Secretaria de Educación de la entidad territorial a cuya planta perteneció la docente.

Las pretensiones de la demanda deben ser exigidas a quienes se encuentran obligados por la Ley a responder por ellas debe existir completa congruencia jurídica entre quien solicita la prestación y el sujeto frente de quien se reclama el derecho.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley y prescripción.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante Auto del 18 de agosto de 2017 (Fls. 70- 71), el Despacho corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión:

La parte demandante manifestó que ratificaba los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando que se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores de salario devengados por todo concepto en el último año de servicios, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La entidad accionada guardó silencio.

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 14 de junio de 2017 (Fls. 51 - 57), se fijó el litigio de la siguiente manera:

“¿Si a la demandante le asiste derecho a que su pensión de jubilación 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 la Ley 33 de 1985?”

2. ACERVO PROBATORIO.

Resolución No. 07156 de 16 de diciembre de 2002, expedida por el Representante del Ministro de Educación Nacional ante Bogotá D,C, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C, que reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación. (fls. 5-7)

Resolución No. 3242 de 22 de junio de 2012, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que negó una solicitud de reliquidación de una pensión de jubilación. (fls. 3-4)

Formato único para expedición de certificado de salarios de la actora, en el que se indica los factores de salario devengados. (fl.8)

Copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 9).

Comprobante de pago de nómina del BBVA, por los meses de septiembre, años 2013, 2014, 2015 (fls. 10-12)

Formato único para la expedición de certificado de salarios en el que se indica que devengó durante el último año de servicios: sueldo básico, prima de alimentación, prima de dedicación, prima especial, prima de navidad y prima de vacaciones (fls. 63-64).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen que regula la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la referida prestación pensional.

- RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *“por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”*, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se profirió la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado¹, señaló:

“Sin embargo, 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 de jubilación.”

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...).”

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.”

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).”(Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco 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.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...)"

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, resultan aplicables a los docentes las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, toda vez que los mismos no gozan de un régimen

exceptuado ni especial, amén de que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados sus 15 años de prestación de servicios.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. *Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

"Párrafo transitorio 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

Por tanto, los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media fundado por la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho se abstendrá de hacer referencia al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 ibidem, según la cual, no será aplicable el régimen de la presente Ley a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

“Artículo 3°. 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. (Negrillas fuera de texto).”

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

“Artículo 1°. 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 para 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; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;** dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...).”

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

“(…) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

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

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”² (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

*“(…) 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 enfrentando.*

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)**.³ (Negrillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁴, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Diva Dussan Peña, actuando a través de apoderada judicial, deprecia la nulidad de las Resoluciones Nos. 7156 del 16 de diciembre de 2002, y No 3242 del 22 de junio de 2012, mediante la cuales el Representante del Ministro de Educación Nacional ante Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocieron la pensión de jubilación y negaron su reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, respectivamente.

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que la demandante fue vinculada como docente a partir del 8 de septiembre de 1975 (Fl. 5), que laboró por más de 20 años como docente en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., y que adquirió su status pensional el 2 de noviembre de 2001 (Fl. 5), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

Ahora, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 07156 del 16 de diciembre de 2002, el Representante del Ministro de Educación Nacional ante Bogotá D.C., y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la señora Diva Dussan Peña pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente

³ *Ibidem.*

⁴ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del status (Fl 5).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Se observa de la Resolución No. 07156 del 16 de diciembre de 2002 (fl.5) que adquirió su status pensional el 2 de noviembre de 2001 que se retiró del servicio a partir del 8 de noviembre de 2011 (fl.3), por lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 2010 y el 7 de noviembre de 2011.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en dicho periodo relacionados en el documento denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS" (Fl. 63), según el cual, la actora percibió: sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de dedicación, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 07156 del 16 de diciembre de 2002 (Fls. 5 a 7), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones quedando pendiente de reconocer la **prima especial, prima de dedicación y la prima de navidad**, razón por la cual, la entidad demandada desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la actora, consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos acusados, se declarará la nulidad de las Resoluciones No. 7156 del 16 de diciembre de 2002 y la No. 3242 del 22 de junio de 2012 a través de la cual el Representante del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio Oficina regional de Prestaciones Sociales de Bogotá y la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconocieron la pensión de jubilación y negó la reliquidación de la

pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, respectivamente.

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 la pensión de la señora Diva Dussan Peña con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 7 de noviembre de 2010 y el 7 de noviembre de 2011, a saber: **sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de dedicación, y las doceavas partes de la prima de vacaciones y prima de navidad.**

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia, 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 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 le fue reconocida pensión de jubilación mediante la Resolución No. 07156 del 16 diciembre de 2002 (fl.5), que radicó escrito No. 2011-PENS-019003 de petición solicitando la reliquidación de la referida pensión el 14 de diciembre de 2011 (fl.3) y que presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento el 22 de abril de 2016 (fl.20), motivo por el cual las mesadas que serán objeto de reajuste serán las causadas a partir del 22 de abril de 2013, esto en aplicación de la prescripción trienal señalada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

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 de jubilación, 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.

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 prescripción⁵, 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 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

⁵ 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."

su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad⁶ 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, 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. (...). (Negrillas 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,

⁶ 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.

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.

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.

Finalmente, respecto del reconocimiento de intereses moratorios pretendidos por la parte actora, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010⁷, señaló:

*“(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además **los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad**, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)”* (Negrilla fuera de texto).

Del precedente jurisprudencial, se advierte que no hay lugar a que se ordene el reconocimiento de intereses moratorios, si a su vez, va a percibir la indexación de los valores adeudados por la entidad, pues las mismas tienen un fin común, el cual es recuperar la pérdida del valor adeudado, generándose un doble pago de la misma naturaleza, razón por la cual, no se accederá al reconocimiento de los intereses moratorios pretendidos por la actora, como tampoco a los intereses comerciales por la misma razón.

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;

⁷ Sección Segunda- Subsección “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. 07156 del 16 de diciembre de 2002 y (ii) Resolución No. 3242 del 22 de junio de 2012, expedida por el Representante del Ministro de Educación Nacional ante Bogotá D, C, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación de la señora Diva Dussan Peña identificada con cédula de ciudadanía No. 41.388.130, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año último año de servicio, esto es, periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 2010 y el 7 de noviembre de 2011, a saber: **sueldo básico, prima de alimentación, prima especial, prima de dedicación, y las doceavas partes de la prima de vacaciones y prima de navidad, a partir del 22 abril de 2013**, 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.

TERCERO: 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:

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

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 de jubilación, 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.

CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones.

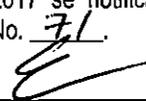
SEXTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- 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 AVILA
Juez

W

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 11 de octubre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>71</u>.</p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
