



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00352-00
Demandante: **MARÍA VICTORIA ROMERO RICO**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - FONPREMAG**
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

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

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora ROMERO RICO, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1456 del 6 de abril de 2010 y 7111 del 4 de diciembre de 2015, mediante las cuales se reconoció y reliquidó la pensión de jubilación que disfruta, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía toda vez que en ninguno de ellos se incluyó la totalidad de los factores salariales a que tenía derecho, actos administrativos proferidos por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se declarara que tiene derecho a que tal prestación se le pague incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional y también en el último año de servicios, junto con los respectivos reajustes, intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA y además que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de sus pretensiones informó que laboró como docente oficial desde el 17 de julio de 1995 y nació el 13 de junio de 1954, por lo que una vez

adquirió el estatus pensional, previa solicitud, le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 1456 del 6 de abril de 2010, pero sin tener en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año anterior a dicho estatus; posteriormente la entidad aceptó la renuncia de la accionante y por tanto solicitó la reliquidación de la pensión que disfrutaba por retiro definitivo lo cual fue ordenado a través de la Resolución No. 7111 del 4 de diciembre de 2015, igualmente sin tener en cuenta la totalidad de los factores percibidos en el año anterior al retiro.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, señaló los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, el Decreto 2563 de 1990, la Ley 4ª de 1992, el art. 1º del Decreto 1440 de 1992, la Ley 115 de 1994, las Leyes 4ª de 1966, las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1160 de 1989 entre otros.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda, pero dentro del término de traslado allegó un memorial poder, junto con la certificación expedida por el Comité de Conciliación el 1º de diciembre de 2017.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial evacuada el 25 de abril de 2018 (fl. 56), llegada la etapa procesal pertinente, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las dos partes en litigio, refiriendo los argumentos esbozados tanto por vía de acción como de excepción.

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 se determinó que el asunto de la referencia se centra en establecer si le asiste derecho a la demandante de que su pensión de jubilación sea reliquidada por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales acreditados, tanto en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional, como dentro del último año de servicios

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante (fl. 2)
2. Copia de la Resolución No. 1456 del 6 de abril de 2010, mediante la cual fue reconocida la pensión de jubilación a la accionante (fl. 3-5)
3. Copia de la Resolución No. 7111 del 4 de diciembre de 2015 en la que se reliquidó dicha prestación (fl. 6)
4. Copia del formato único para la expedición de certificados de salarios y de historia laboral (fls. 7-9)
5. Copia de la Resolución No. 2198 del 4 de diciembre de 2017 mediante la cual se aceptó la renuncia de unos docentes, entre ellos la accionante (fl. 10)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

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 mentada prestación.

- RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS DOCENTES Y PENSION POR APORTES

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 a 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 Estado, 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 (...).”¹.

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.

Así mismo, 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”.

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

No obstante lo anterior, cuando se trate de docentes que no prestaron sus servicios al Estado durante toda su vida laboral, sino que cuentan con cotizaciones para pensión en el ISS, por haber laborado durante algún periodo en el sector privado, el legislador previó la posibilidad de acceder a la denominada pensión por aportes, consagrada en la Ley 71 de 1988, norma que al respecto, en su artículo 7º señaló:

“ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”. (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, la mencionada Ley 71 de 1988, fue reglamentada mediante del decreto 1160 de 1989, en cuyo artículo 20 estableció:

“Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional”.

No obstante, el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, derogó en su integridad el artículo que precede.

Así las cosas, se estableció que la denominada pensión por aportes, es aquella que la integran los tiempos de cotización tanto del sector público como del sector privado, y como requisito para acceder a la mentada prestación, se requiere que los empleados públicos o trabajadores oficiales acrediten haber cumplido 55 años, en caso de las mujeres o 60 años, en caso de los hombres y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, y ante el Instituto de Seguros Sociales.

Ahora, en lo que refiere al ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, dispuso:

“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. (...).(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 8° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, señaló:

“Artículo 8°. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”

A su vez, el artículo 6° ibídem, preceptuó:

“Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”

No obstante, el citado artículo fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, generándose de esta manera un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar la pensión por aportes.

Al respecto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el expediente con número de radicado 2427-2011, en sentencia de 15 de mayo de 2014, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, bajo los siguientes argumentos:

“(…) Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

En este orden, es clara la configuración de omisión normativa; a este respecto se considera pertinente resaltar la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha explicado la omisión legislativa relativa, al indicar que ésta se estructura “cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión “está ligado, cuando se configura, a una “obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta.”. (...)

Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley

100 de 1993, aún cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.
(...)"

Así las cosas, en virtud de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, es posible dar aplicación al artículo 6° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, en el sentido de establecer el ingreso base de liquidación para efectos de liquidar las pensiones por aportes.

De lo anterior, se colige que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe tener en cuenta como base el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios en un 75%.

- DE LOS FACTORES SALARIALES

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 que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que son aquellos que de manera habitual y periódica percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios, anotando lo que sigue:

*"(...) 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.*

*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 (...)"² (Negrillas fuera de texto).*

² Ibidem.

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, 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 MARÍA VICTORIA ROMERO RICO, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad parcial de las Resoluciones mediante las cuales la accionada, le reconoció y reliquidó la pensión de jubilación que disfruta, pero solo en lo atinente en la determinación de la cuantía, por cuanto en las mismas no se incluyó la totalidad de los factores salariales devengados y efectivamente acreditados, tanto en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, como en el último año de servicios, luego es menester resolver si la actora tiene derecho a dichos reajustes.

- De la reliquidación pensional

Sobre el particular, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1995, para los empleados del orden territorial, fecha para la cual la señora ROMERO RICO tenía 40 años de edad, pues nació el 13 de junio de 1954, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 2 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que la actora al cotizar tanto al sector público como al sector privado, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Resolución No. 1456 del 6 de abril de 2010, mediante la cual le reconoció la pensión de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del status (Fls. 3 a 5) el 13 de junio de 2009.

Así mismo se advierte que posteriormente y tras aceptar la renuncia de la accionante, mediante la Resolución No. 7111 del 4 de diciembre de 2015 la aludida entidad reliquidó dicha prestación teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios.

En este punto vale aclarar, que aun cuando el extremo accionante reclame la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores devengados en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, ello en modo alguno impide que dentro del mismo litigio se pretenda la reliquidación de la aludida prestación, con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a su retiro definitivo, toda vez que el mismo es un derecho reconocido, tanto en la ley como en la jurisprudencia, como quedó establecido en el artículo 9 de la ley 71 de 1988, que al respecto dispuso: "*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*".

En armonía con tal disposición, bastaría con referirnos a los múltiples fallos proferidos por la Jurisdicción, en los que se ha reconocido la reliquidación pensional tomando como base el promedio del último año de salario, en el porcentaje respectivo, como es la sentencia proferida el 30 de marzo de 2017, con ponencia de la Consejera SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, bajo la Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00946-01(4981-15), en la cual ordenó la reliquidación de una pensión de jubilación de un docente con el "*equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante el último año de servicios. Dicha nulidad repercutirá directamente en la Resolución 29531 del 10 de noviembre del 2003, en cuanto le reconoció la pensión de jubilación al actor y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios*". (Subrayado fuera de texto)

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 el extremo actor, tanto en año anterior a la adquisición del estatus pensional, como en el último año de prestación de servicios, circunstancia que será verificada en los siguientes términos:

- **Frente a la adquisición del estatus pensional:**

Acorde con los actos administrativos antes referidos, se tiene que la beneficiaria adquirió su status pensional el 13 de junio de 2009, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la prestación eran los devengados en el periodo comprendido entre el 14 de junio de 2008 y el 13 de junio de 2009.

Así las cosas, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS*" visible a folio 7 del plenario, según el cual, la accionante percibió: sueldo, "prima especial", prima de vacaciones y prima de navidad.

No obstante, como se desprende de la Resolución No. 1456 del 6 de abril de 2010 (Fl. 4), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación solamente tuvo en cuenta el sueldo y la prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer los factores denominados, prima especial 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.

- **Frente al retiro definitivo del servicio:**

Al respecto tenemos que conforme a la Resolución 2198 del 4 de diciembre de 2014, la entidad accionada aceptó la renuncia presentada por la accionante a partir del 31 de diciembre de 2014, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la prestación que venía devengando eran los percibidos en el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2014.

En ese orden, a efectos de establecer los factores devengados en el periodo referido, tenemos los relacionados en el documento denominado "*FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS*" visible a folio 8 del plenario, según el cual, la accionante percibió: sueldo, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad.

Sin embargo, como se observa en la Resolución No. 7111 del 4 de diciembre de 2015 (Fl. 6), la entidad demandada al reliquidar la pensión vitalicia de jubilación solamente tuvo en cuenta el sueldo y la prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer los factores denominados, "prima especial", prima de servicio,

bonificación decreto y la prima de navidad, razón por la cual, la entidad demandada igualmente desconoció el régimen de transición aplicable a la pensión de la accionante con dicho acto administrativo.

Vale señalar que aun cuando la apoderada del extremo pasivo refirió que la prima de servicios no constituía factor salarial por cuanto se trata de una prebenda que se paga a los docentes por el ente territorial, lo cierto es que dicha circunstancia no fue acreditada y por el contrario, a folio 8 del plenario se observa que la misma fue liquidada por un periodo de 360 días, lo que permite inferir que se trata de una prestación habitual y periódica, en consecuencia reúne los presupuestos necesarios para ser incluida dentro del reconocimiento pensional.

Igualmente advierte el Despacho que respecto al factor "bonificación decreto" se ordenara su inclusión como base para liquidar la pensión de vejez de la accionante, por cuanto el Decreto 1566 de 2014 expedido por el Ministerio de Educación Nacional al crear la referida bonificación dispuso en su artículo 1° inciso 1°:

"La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes."

En ese orden de ideas, al establecer que el Decreto 1566 de 2014 que la anotada bonificación es factor salarial el Despacho también la incluirá como base para liquidar la pensión de vejez de la parte actora.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1456 del 6 de abril de 2010 y 7111 del 4 de diciembre de 2015, a través de las cuales, la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y posteriormente reliquidó la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, pero solo en lo atinente a la liquidación de tal prestación por cuanto no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por ella, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional y en el último año de servicios.

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 que disfruta la señora MARÍA VICTORIA ROMERO RICO, con la inclusión de todos los factores salariales devengados así:

- a. En el año anterior a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 14 de junio de 2008 y el 13 de junio de 2009, a saber: **la doceava (1/12) parte de la prima especial y la doceava (1/12) parte de la prima de servicios**, además del sueldo, sobresueldo y la prima de vacaciones, ya reconocidos, a partir del 14 de junio de 2009.
- b. En el último año de servicios, comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2014, a saber: **la doceava (1/12) parte de la prima especial, la doceava (1/12) parte de la prima de servicios y la doceava (1/12) parte de la prima de navidad y la doceava (1/12) parte de la bonificación decreto**, además del sueldo y la prima de vacaciones, ya reconocidos, a partir del 31 de diciembre de 2014.

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 a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la prestación pensional en su favor a partir del 14 de junio de 2009 (Fl. 5), prestación que fue reliquidada a partir del 31 de diciembre de 2014 (fl. 6 vto.), y además que radicó la demanda que dio origen a la presente actuación el 28 de agosto de 2017, como se observa a folio 30.

En ese orden, mediante la presentación de la demanda, se interrumpió el término prescriptivo que venía operando, respecto de las diferencias pensionales que se ocasionaran en virtud de la reliquidación desde la adquisición del estatus pensional (14 de junio de 2009), lo que nos lleva a concluir que dicho fenómeno jurídico operó frente a tales diferencias causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2014.

En cuanto a las diferencias pensionales que se ocasionen en virtud de la reliquidación desde el retiro definitivo del servicio (31 de diciembre de 2014), se advierte que no operó el fenómeno prescriptivo, pues entre tal fecha y la

presentación de la demanda (28 de agosto de 2017) no transcurrieron más de 3 años.

Las sumas que resulten de los anteriores reconocimientos, 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 dichos períodos.

Es evidente además que al modificarse la base de liquidación, ello repercute en todos los años subsiguientes y por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, reiterando que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las mesadas pensionales posteriores.

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 prescripción⁴, 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

⁴ 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."

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 su estatus, los cuales por igualdad de trato y en virtud de los principios constitucionales y administrativos de justicia, equidad y favorabilidad⁵ deben ser descontados de manera indexada bajo la figura de la prescripción trienal, contada igualmente 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

⁵ 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.

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, en la proporción que corresponda al trabajador bajo la figura de la prescripción trienal, en los mismos términos aplicados con anterioridad a las mesadas pensionales reliquidadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y no sobre la totalidad de los tiempos de la relación laboral.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1456 del 6 de abril de 2010 y 7111 del 4 de diciembre de 2015, expedidas 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, pero sólo en lo atinente a la liquidación y reliquidación del monto de tal prestación, por no tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales devengados en los periodos respectivos.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones 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 que disfruta la señora MARÍA VICTORIA ROMERO RICO, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.628.201, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados así:

- a. En el año anterior a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 14 de junio de 2008 y el 13 de junio de 2009, a saber: **la doceava (1/12) parte de la prima especial y la doceava (1/12) parte de la prima de servicios**, además del sueldo, sobresueldo y la prima de vacaciones, ya reconocidos, a partir del 14 de junio de 2009, pero con efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 2014, por prescripción trienal.
- b. En el último año de servicios, comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2014, a saber: **la doceava (1/12) parte de la prima especial, la doceava (1/12) parte de la prima de servicios y la doceava (1/12) parte de la prima de navidad, como la doceava (1/12) parte de la bonificación decreto**, además del sueldo y la prima de vacaciones, ya reconocidos a partir del 31 de diciembre de 2014, cuando fue reconocida la aludida prestación.

Dicha reliquidación será efectiva previo descuento de los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión debidamente indexados, en la proporción que corresponda al trabajador, igualmente 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 y condena, respectivamente, deberán ser actualizadas en la forma referida en la parte motiva de esta decisión, 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. (INDICE FINAL / INDICE INICIAL)

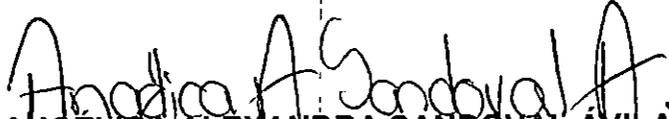
Lo anterior teniendo en cuenta que al modificarse la base de liquidación, ello repercute en todos los años subsiguientes y por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, reiterando que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las mesadas pensionales posteriores.

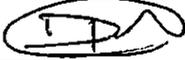
CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy <u>16</u> de <u>mayo</u> de <u>2018</u> se notifica la sentencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>030</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>

MPV.