



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

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

Proceso: 110013342-052-2016-00678-00
Demandante: GUSTAVO DE JESUS VANEGAS VELÁSQUEZ
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO -FONPREMAG
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 el señor Gustavo de Jesús Vanegas Velásquez en contra de la Nación –Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FONPREMAG.

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, el señor Gustavo Vanegas Velásquez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2896 de 19 de mayo de 2016, mediante la cual la entidad demandada reliquidó la pensión de jubilación del actor, sin incluirse la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, al momento de su retiro definitivo.

Como consecuencia de la anterior declaración 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 -FONPREMAG:

El reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% de los salarios, con la inclusión de todos los factores

salariales devengados por la actora en el último año de servicios, a saber la prima especial, prima de servicios, bonificación decreto, prima de navidad y demás que tenga derecho.

El pago de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajuste de ley, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.

Reajustar los valores adeudados conforme al Índice de Precios al Consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, causados sobre las sumas adeudadas conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

Cumplir la sentencia judicial atendiendo los términos establecidos en el artículo 192 de CPACA.

Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 18 vuelto):

El señor Vanegas Velásquez laboró por más de 20 años como docente en Bogotá D.C., cumpliendo con los requisitos de edad y tiempo de servicios para obtener la pensión de jubilación

Mediante Resolución No 0404 de 16 de diciembre de 2005, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. reconoció la pensión de jubilación al actor con la inclusión de la asignación básica, y prima de vacaciones, sin tener en cuenta la prima de navidad, prima especial, prima de servicios y bonificación decreto.

Por medio de la Resolución 7742 de 15 de mayo de 2015, se aceptó la renuncia del servicio al actor, a partir de 1 de junio de 2015.

La parte actora elevó petición el 9 de octubre de 2015, a través de la cual solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, siendo resuelta por la entidad demandada en la Resolución No.2896 de 19 mayo de 2016, de manera desfavorable.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; el inciso 1º del numeral 1º del artículo 15, el numeral 5º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989; artículo 7º del Decreto 2563 de 1990; artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979; el literal a) del artículo 2º, artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 ; artículo 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; artículo 4º de la Ley 4ª de de 1966; artículo 5º del Decreto 1743 de 1966; artículo 1º, párrafo 2º de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Adujo que los actos administrativos demandados vulneraron el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en consideración a que sin ninguna justificación la entidad demandada pasó por alto incluir en la pensión de jubilación, la totalidad de los factores salariales devengados por la parte actora, en el último año de servicios.

Finalmente, hizo referencia a los artículos de la Constitución Política que considera vulnerados.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad no contestó la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia de 4 de octubre de 2017 (Fls. 63 y 63 vuelto), se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar por el término de 10 días.

Las partes demandante y demandada guardaron 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 adelantada por el 22 de agosto de 2017, se fijó el litigio de la siguiente manera:

¿Le asiste al demandante el derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en las leyes 33 y 62 de 1985?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia de la Resolución No.04004 de 16 de diciembre de 2005, mediante la cual la entidad demandada reconoció una pensión vitalicia de jubilación al actor (Fls. 2 a 5).

2.2. Copia de la Resolución No. 07742 de 15 de mayo de 2015, a través de la cual la entidad demandada retiró del servicio activo a unos docentes, entre ellos el actor (Fls. 6 a12).

2.3. Copia de la Resolución No.2896 de 19 de mayo de 2016, mediante la cual se r reliquido la pensión vitalicia de jubilación de la que es titular el actor (Fls. 15 y 15 vuelto).

2.4. Copia simple del documento denominado *“FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADOS DE SALARIOS”*, en el que se indican los factores salariales devengados por el actor (Fls. 16).

2.5. Copia simple del 2 FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL” (Fl.17).

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 mentada prestación.

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Así las cosas, 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 expidió 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 Estado¹, señaló:

“Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan 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.

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

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.

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 (5) 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 idídem, 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 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. 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. (Negritas 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.*

*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.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Gustavo de Jesús Vanegas Velásquez actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. 2896 de 19 de mayo de 2016, mediante la cual 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 reliquidó la pensión de jubilación, de

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

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

la cual es titular, sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicio.

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que el demandante fue vinculado como docente a partir del 25 de enero de 1969, que laboró por más de 20 años como docente de vinculación nacional y que adquirió su status pensional el 1 de marzo de 2005, 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. 04004 de 16 de diciembre de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al señor Gustavo de Jesús Vanegas Velásquez pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año de servicio anterior a adquirir el status de pensionado (Fls. 2 a 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 el actor 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.

Así las cosas, de conformidad a la Resolución No.2896 de 19 de mayo de 2016, el señor Gustavo de Jesús Vanegas Velásquez laboró en la Secretaría de Educación de Bogotá, con vinculación del orden nacional hasta la fecha de su retiro, esto es, el 1 de julio de 2015, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 30 de junio 2014 y el 30 de junio de 2015.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2014 al 30 de junio de 2015, relacionados en el documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"* (Fl. 16, 17, 57 y 58), según el cual, el actor percibió: sueldo, prima especial, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación decreto.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 2896 (Fls. 15 y 15 vuelto), la entidad demandada al reliquidar la pensión vitalicia de jubilación tuvo en cuenta únicamente el sueldo, horas extras y prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer los factores denominados: prima de especial, prima de servicio, prima de navidad y bonificación decreto, 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.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 2896 de 19 de mayo de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó la pensión vitalicia de jubilación del actor, la cual no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el docente en el último año de prestación 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 del señor Gustavo de Jesús Vanegas Velásquez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 30 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2015, a saber: la doceava parte de la prima de navidad, prima de servicio, prima especial y bonificación decreto además del sueldo básico, horas extras y prima de vacaciones, ya reconocidos.

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 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:

Esta demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 1 de marzo de 2005, mediante la Resolución No. 04004 de 16 de diciembre de 2005 (Fls. 2 a 5), que elevó petición el 9 de octubre de 2015 con el fin de que la entidad accionada reliquidará la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios (Fl. 15), y que presentó la demanda el 30 de septiembre de 2016 (Fl. 23

vuelto), sin que se haya superado el término de 3 años de la prescripción de las mesadas, razón por la cual, la reliquidación es efectiva a partir del 1 de julio de 2015.

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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

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

"(...)

En esa medida, así como la jurisprudencia ha señalado que cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar la base para la liquidación de la prestación pensional puede reclamarse en cualquier tiempo, pero está sometido a un término de 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***

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."

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 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,

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.

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

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

*Es del caso aclarar que los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, deben hacerse en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador, como sobre los porcentajes que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora.
(...)" (Negritas fuera de texto).*

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

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

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,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2896 de 19 de mayo de 2016, 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.

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 del señor Gustavo de Jesús Vanegas Velázquez, identificado con cédula de ciudadanía No.19.099.997, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, periodo comprendido entre el 30 de junio de 2014 y 30 de junio de 2015, a saber: la doceava parte de la prima de navidad, prima de servicio, prima especial y bonificación decreto además del sueldo básico, horas extras y prima de vacaciones, ya reconocidos, a partir de 1 de julio de 2015, previo descuento del valor de los aportes pensionales no realizados sobre los factores certificados, en la proporción correspondiente al trabajador bajo la figura de prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, 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:

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

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 debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

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

Hoy 15 de noviembre de 2017 se notifica el auto anterior por
anotación en el ESTADO No. 82.



ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario