



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No. 11001-3335-012-2016-00246-00
ACCIONANTE: LUZ MARINA TOVAR LESMES
ACCIONADA: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA

**AUDIENCIA INICIAL
ARTICULO 180 DE LA LEY 1437 de 2011
ACTA N° 115 – 2018**

En Bogotá D.C. el 22 de marzo de 2018, a las once de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la SALA CUATRO de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: Dra. JHENNIFER FORERO ALFONSO a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con la sustitución allegada.

Parte demandada: No asistió a la audiencia

Ministerio Público: No asistió a la audiencia.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del proceso
2. Decisión sobre Excepciones Previas
3. Fijación del Litigio
4. Conciliación
5. Decreto de Pruebas
6. Alegaciones Finales
7. Decisión de Fondo

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados para que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco la advierte, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA II: EXCEPCIONES PREVIAS

Las entidades demandadas no contestaron, de manera que no existen excepciones por resolver.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA II: FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y las pruebas que obran en la demanda y su contestación, encuentra el Despacho que se tienen por probados los hechos que a continuación se relacionan:

LUZ MARINA TOVAR LESMES CC 41.670.254
NACIÓ
25 de marzo de 1958 (fl.19)
TIPO DE VINCULACION
Docente Territorial (fl.16)
FECHA DE VINCULACION
01 de febrero de 1980
STATUS PENSIONAL
25 de marzo de 2013
ULTIMO AÑO ANTERIOR AL STATUS
26 de marzo de 2012 al 25 de marzo de 2013
ACTO DE RECONOCIMIENTO
Resolución 5348 de 22 de agosto de 2014 (fl.3-5)
FACTORES RECONOCIDOS
Asignación Básica, Prima de Vacaciones (fl.3)
• ACTOS DEMANDADOS
Resolución 2017 de 15 de abril de 2016 (Reliquidación pensional - fl.11)
Acto presunto negativo derivado de la falta de respuesta ante la petición 20150320923632 de 17 de junio de 2016 ante Fiduprevisora (Reintegro Salud)
FACTORES CERTIFICADOS (año anterior al status)
Sueldo; prima especial; prima de vacaciones; prima de navidad
FECHA DE SOLICITUD
2 de julio 2015, solicitud de reliquidación pensional (Ver fl.11 en la Resolución 2017 de 2016)
17 de julio de 2015 – solicitud sobre descuentos en mesadas adicionales (fl.10)
Presentación de la demanda: 30 de junio del 2016

Se concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte actora para que se pronuncie sobre la fijación del litigio.

Una vez escuchada, el Despacho advierte que el asunto se contrae a un asunto dirigido a determinar si la demandante tiene derecho a que en la liquidación de su pensión se incluyan todos los factores salariales devengados durante el año anterior al status, de conformidad con el régimen pensional aplicable.

Adicionalmente, habrá de establecerse si hay lugar a ordenar que se suspendan los descuentos por salud que se realizan sobre las mesadas adicionales, y el reintegro de lo pagado por este concepto.

Decisión notificada en estrados

ETAPA IV: ETAPA DE CONCILIACIÓN

Dada la posición de la parte demandada, se declara fallida la etapa de conciliación.

Decisión notificada en estrados

ETAPA V: DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con el escrito de demanda.

La decisión queda notificada en estrados.

ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presente alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

ETAPA VII FALLO

En razón a que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar si es procedente reliquidar la pensión docente con la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al status.

Adicionalmente, se determinará si hay lugar a ordenar suspender los descuentos por concepto de salud que se efectúan sobre las mesadas adicionales, y la consecuente devolución de lo pagado por este concepto.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

SOBRE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN

Régimen jurídico de los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003

El Decreto 2277 de 1979 o estatuto docente, en su artículo 3º dispuso que los educadores que prestan sus servicios en entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial en lo que tiene que ver con la administración de personal y algunos temas salariales y prestacionales.

La Ley 60 de 1993, en su artículo 6º, inciso 3º, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989 y las prestaciones allí dispuestas serían compatibles con cualquier otra remuneración sin que ello signifique un tratamiento especial en materia pensional. En efecto, las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión bajo condiciones especiales.

En relación con el régimen pensional de los docentes, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que los docentes no cuentan con un régimen especial de pensiones de jubilación.¹

Aclara la máxima Corporación que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, no contempla normas especiales sobre edad, tiempo de servicio y cuantía de las mesadas.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989², entro en vigencia el 29 de diciembre de 1989, y dispuso en el artículo 15 lo siguiente:

“ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978,

¹ Ver entre otras decisiones: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.--- H. Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá.

² Mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional". (Negrilla de la Sala).

Para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre de 1989), estaba vigente la Ley 33 de 1985 que preveía en el parágrafo 2º del artículo 1º, la posibilidad de que los trabajadores del orden nacional siguieran sometidos a las disposiciones anteriores, respecto de la edad de jubilación con la condición de que hubieren cumplido 15 años de servicios continuos o discontinuos a la fecha de entrada en vigencia de esa Ley, esto es el 13 de febrero de 1985.

El régimen General de Pensiones.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el legislador instauró un Sistema de Seguridad Social que derogó la mayoría de regímenes pensionales anteriores a su vigencia. El nuevo régimen modificó los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que deben cumplir las personas para pensionarse.

Para el caso de los docentes, estos fueron excluidos de la aplicación de esta norma, conforme se aprecia en el artículo 279 de la misma.

***ARTICULO. 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 aquél 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 exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado fuera del texto original)

Acorde con lo dispuesto en el inciso 2º de la norma transcrita, se concluye que los docentes se encuentran excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, así entonces no se aplica el régimen de 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.

Situación de los docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 estableció que todos aquellos docentes que se vinculen a partir de su entrada en vigencia, se les aplicará parcialmente las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, aplicando el régimen de prima media con prestación definida, a cargo del Fondo Prestacional del Magisterio, tomando como edad de pensión de vejez 57 años para hombres y mujeres:

“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 del texto original).

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”

Esta ley, ratificó el régimen prestacional previsto en la Ley 91 de 1989 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, extendiendo su vigencia para los docentes que se vincularon no sólo antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, sino también para aquellos que se vincularon antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003; con lo cual se colige que la Ley 33 de 1985, es el régimen general aplicable en materia pensional para los docentes que se vincularon antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Factores a incluir en la liquidación pensional

Teniendo en cuenta que si el régimen pensional se rige por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, debe acudirse entonces a la ley 62 de 1985 que contempla los factores que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión.

Es importante señalar que Según sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) la enumeración que hace la Ley 62 de 1985 no es taxativa, sino enunciativa, "bajo el entendido que son factores de salario, aquellas sumas que percibe el servidor de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé."

En este orden de ideas, deben tenerse también como factores salariales los previstos en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, -normas aplicables al régimen pensional del sector público vigente con anterioridad a la ley 33 de 1985-, que pese a encontrarse derogados sirvieron de parámetro orientador para que jurisprudencialmente se les reconociera dicho carácter.

LEY 62 DE 1985 (listado de factores para el régimen de los servidores públicos señalado en la ley 33 de 1985)	Listado de factores para régimen de los servidores públicas, anteriores al régimen de la ley 33 de 1985 (Decretos 1045 y 1042 de 1978 del mismo año durante su vigencia)
Asignación Básica,	La asignación básica mensual: (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal a) y (Decreto 1042 de 1978 (Art.42)
Gastos de Representación,	Los gastos de representación (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal b)
Primas de antigüedad,	
Prima técnica	La prima técnica (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal c)
Prima ascensional	
Prima de capacitación	
Bonificación por servicios prestados	La bonificación por servicios prestados: (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal y 46) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal g)
Trabajo suplementario	El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio(Decreto 1045 de 1978 Art.45) (Decreto 1042 de 1978 Art.42)
	Los dominicales y feriados (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal c), (Decreto 1042 de 1978 Art. 42)

	<i>Las horas extras; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b)</i>
	<i>Los auxilios de alimentación y transporte; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal e) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literales d y e)</i>
	<i>La prima de navidad (Decreto 1045 de 1978 literal f Art.45)</i>
	<i>La prima de servicios (Decreto 1045 de 1978 (Art.45 literal h y 46) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal f)</i>
	<i>Los viáticos (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal i)</i>
	<i>La prima de vacaciones (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k)</i>
	<i>Los incrementos salariales por antigüedad (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal a, 47 y 49)</i>
	<i>Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal j),</i>
	<i>Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.46 literal b)</i>
	<i>Lo que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se haya percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio (Decreto 1045 de 1978 Art.45)</i>
	<i><u>Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal ll)</u></i>

Adicionalmente, el H. Consejo de Estado, ha proferido decisiones específicas donde concluye la procedencia de la inclusión de la prima semestral, de antigüedad ⁽⁴⁾, de navidad y de vacaciones ⁽⁵⁾ en la liquidación de las pensiones.

En otros análisis jurisprudenciales se **han excluido de la liquidación de la pensión** emolumentos como las vacaciones también denominadas sueldo de vacaciones bajo el entendido que no se causa como retribución del servicio, sino como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual ⁽⁶⁾ y la bonificación por recreación por cuanto no constituye salario conforme al art. 15 de los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001⁽⁷⁾

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación Número: 70001-23-31-000-2002-01736-02(1769-08)

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010). - Ref. Expediente No. 250002325000200607509 01

⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN "C". Bogotá D.C., Trece (13) de febrero de dos mil quince (2015). Magistrado Ponente: Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL Expediente No.25000 23 42000 2013 02538 00

⁷ CONSEJO DE ESTADO. en sentencia proferida el cuatro (04) de marzo de 2010. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00195-01(0142-09). Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, luego de analizar los Decretos 2720 de 2000 y 2710 de 2001 y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Segunda - Subsección "C". Magistrado

Finalmente, deben excluirse también las primas o factores salariales creados por entes territoriales u órganos sin competencia, por efecto de la decisión de la H. Corte Constitucional¹⁸ sobre la imposibilidad de convalidar factores ilegales.

Este último es el caso de las primas: “especial de población” y “de habitación” que fueron creadas por el Concejo de Bogotá mediante el Decreto 1242 de 1977, de manera que no pueden ser incluidas en la base de liquidación de la pensión, pues, los entes territoriales de ningún modo estaban facultados para crear u otorgar dicha prestación. No es posible aplicar el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 para aquellos pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia. (Ver sentencia C-410 de 1997).

SOBRE LOS DESCUENTOS A SALUD DE LAS MESADAS ADICIONALES

Frente a los descuentos del 12 % sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes oficiales pensionados existe una línea jurisprudencial fuerte, sostenida por las subsecciones B, C Y D, que niega la inclusión de descuentos sobre las mesadas adicionales del personal docente. Señala esta tesis que las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003⁹, no contemplan descuentos de esta naturaleza y tampoco es posible reconocerlos por aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, pues este debe entenderse derogado tácitamente con la promulgación de la Ley 812 de 2003¹⁰.

El Despacho venía considerando que el descuento en las mesadas adicionales era un asunto regulado bajo un régimen especial que no podía haber sido derogado por la aplicación del incremento en el monto del descuento, pues la norma bajo la cual fue dictada es de orden económico y no prestacional. Sin embargo, atendiendo el deber constitucional y legal de resolver los asuntos de manera uniforme observando el precedente jurisprudencial mayoritario es preciso adoptar la línea trazada por el Superior de este Circuito, habida cuenta que no se tiene en esta materia sentencia de unificación del Consejo de Estado.

En este orden de ideas, no hay lugar a hacer descuentos sobre las mesadas adicionales a los docentes regidos por la ley 91 de 1989, por cuanto la disposición que la ordenaba fue derogada, conforme a la siguiente interpretación¹¹.

Ponente Dr. Samuel José Ramírez Poveda, Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil quince (2015). Expediente: 25000-23-42-000-2014-00476-00. Bonificación por recreación devengada en el último año de servicios, no se ordenará su inclusión, pues de conformidad con los Decretos 1374 de 2010 y 1031 de 2011, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, los cuales se aplican a los establecimientos públicos, como es el caso del SENA, disponen que dicha bonificación no constituye factor salarial

8 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá. Agosto 28 de 1997. II. Corte Constitucional “De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes. . . Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

⁹ - Disposiciones normativas que a criterio del H. Tribunal se hicieron extensivas a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-

¹⁰ A manera de ejemplo se citan los siguientes radicados: Subsección “B” Número De Radicado: 11001-33-35-028-2012-00308-01 Fecha: 11.02.2016 Ponente: Luis Gilberto Ortigón Ortigón. Subsección “C” Número De Radicado: 25000-23-42-000-2014-04388-00 Fecha: 12.02.2016 Ponente: Amparo Oviedo Pinto. Subsección “D” Número De Radicado: 11001-33-35-702-2014-00072-01 Fecha: 28.01.2016 Ponente: Cerveleon Padilla Linares. Subsección “A” Número de Radicado: 11001-33-31-017-2008-00182-01 Fecha: 19.04.2012 Ponente: José Ernesto Arciniegas Triana.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección “A” Id: 978 Número De Radicado: 11001-33-31-017-2008-00182-01. Tipo de Providencia: Sentencia Fecha: 19.04.2012 Ponente: José Ernesto Arciniegas Triana

“En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contentivo del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no sólo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad normativa”.

CASO CONCRETO.

Se solicita la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la actora con la totalidad de factores devengados en el año anterior al Status y la suspensión de los descuentos por concepto de salud que se realizan en las mesadas adicionales de esta pensión

*La señora **LUZ MARINA TOVAR LESMES**, nació el 25 de marzo de 1958 (fl.19), prestó sus servicios como docente de vinculación Territorial, al cumplir 20 años de servicios su pensión fue reconocida y liquidada bajo los parámetros establecidos por la Ley 33 de 1985, liquidada con los factores “asignación básica y prima de vacaciones” devengados en el año anterior al status pensional, reconocimiento que se realizó como una prerrogativa especial de los docentes que les permite recibir la pensión y continuar laborando.*

Según la Historia laboral, la actora para el 18 de junio de 2015 se encontraba en actividad (fl.17), sin que se hubiese allegado prueba de su retiro.

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a alcanzar el status.

*Conforme con el formato único para expedición de certificado de salarios elaborado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se aprecia que la señora LUZ MARINA TOVAR LESMES se desempeñó como docente y su último año anterior al STATUS PENSIONAL transcurrió desde el **26 de marzo de 2012 al 25 de marzo de 2013**, durante el cual se certifican factores salariales: Asignación Básica (sueldo), Prima especial, prima de Vacaciones y Prima de navidad (fl.16)*

En consecuencia se procederá a declarar la nulidad de la Resolución 2017 de 15 de abril de 2016 y se ordenará la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 de la siguiente manera: con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por la Demandante el 26 de marzo de 2012 al 25 de marzo de 2013 (status pensional), teniendo en cuenta los factores salariales denominados: Asignación Básica (sueldo), prima de Vacaciones y Prima de navidad.

No se ordenará la inclusión de la PRIMA ESPECIAL, ítem equivalente a \$150 pesos, por considerarse ilegal. En efecto, el Despacho advierte que fue regulada a través

del Decreto 1242 de 1977, proferido por el Distrito de Bogotá, en cuyo artículo 7o parágrafo 1 inciso final estipuló lo siguiente: “La prima Especial de Población será la suma fija de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) m/cte., mensuales y se cancelará durante los doce meses del año, al igual que la Prima de Alimentación y Alojamiento.” Como puede verse, esta prestación no se encuentra establecida en la ley sino en una norma de carácter distrital, y el hecho de que la demandante la hubiese percibido en vigencia de la relación laboral no significa que deba ser incluida en la base de liquidación, pues, los entes territoriales de ningún modo estaban facultados para crear u otorgar dicha prestación. Tampoco es posible reconocer este factor aplicando el principio de convalidación previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993¹², pues la tesis jurídica no incluye a los pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia.

Se precisa que la presente liquidación se mantendrá hasta tanto se produzca el retiro definitivo de la docente, cumplida esta condición se deberá liquidar nuevamente con los factores devengados en el último año de servicios.

DESCUENTOS POR APORTES A SALUD

La entidad deberá descontar los correspondientes aportes para el sistema de seguridad social en pensiones, **respecto a los factores cuya inclusión se ordena**, si este descuento no se hubiera hecho, en la proporción que corresponde al demandante.

De conformidad con el artículo 18 parágrafo 2 de la ley 100 a partir de la vigencia de dicha ley se eliminaron las tablas de categorías y aportes del Instituto de Seguro Sociales y de las demás entidades de previsión y seguridad social y las cotizaciones empiezan a liquidarse con base en el salario devengado por el afiliado.

De manera que al momento de hacer los descuentos por aportes a salud durante toda la vida laboral, deberá tenerse en cuenta las normas que regulaban el descuento en la entidad de previsión donde cotizó el actor.

Esta indexación a criterio del H. Consejo de Estado¹³ tiene asidero en cuanto a que: “las pensiones de jubilación se construyen en base de aportes periódicos a lo largo de la vida del trabajador, para que la entidad utilice y capitalice estos recursos, para cuando llegue el momento de acceder a este derecho. Ello implica una progresividad y permanencia durante todo el tiempo de servicio, para efectos que la entidad se abastezca de dineros para sostener el sistema pensional. Por ende, dado que se incrementa la pensión por nuevos factores no cotizados para esta prestación que será vitalicia, no se compadece con el principio de sostenibilidad fiscal que se apliquen solo unos aportes reducidos para financiar una pensión que como se sabe es por toda la vida de su beneficiario y que llegan a última hora sin permitir que la entidad de previsión los haya percibido en su momento.”

Estos descuentos, deberán efectuarse, con base a un cálculo actuarial teniendo en cuenta que el aporte se debe liquidar conforme a la ley que lo regulaba al momento

¹² La Ley 100 de 1993 “Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o sus organismos descentralizados, continuarán vigentes. . . También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido [o cumplan dentro de los dos años siguientes]12 los requisitos exigidos en dichas normas. . . Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo. . . Las disposiciones de este artículo regirán desde la sanción de la presente ley”. (Subrayado y negritas por fuera del texto)

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. SU del 25 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101. Ref: 4863-2013.

de su causación, a fin de determinar el porcentaje de descuento y los factores sobre los que se aplicaba; igualmente debe tenerse especial cuidado al hacer los descuentos previa verificación de los factores devengados en cada periodo.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE APORTES

El Despacho tiene claro que existen dos tesis frente a las cuales se cuenta con jurisprudencia reciente, una en la que se ordena la prescripción quinquenal y otra en la que se dispone el descuento de aportes durante toda la vida laboral.

Como quiera que la prestación pensional tiene efectos para el resto de la vida del pensionado, asimismo debe sustentarse en aportes efectuados durante todo el tiempo que se desempeñó laboralmente.

Sobre la obligación de pagar aportes sobre factores reconocidos en un fallo judicial, no se presenta el fenómeno de la prescripción, pues esta sentencia tiene carácter constitutiva de derecho, y en consecuencia con anterioridad a su expedición la entidad no contaba con un soporte para adelantar cobro por descuento sobre los factores que aquí se están incluyendo.

Resta anotar que dicha deuda no puede asimilarse a otras deudas parafiscales pues no tienen la misma contraprestación, como es aquí un carácter indefinido de retribución pensional.

PRESCRIPCIÓN DE DIFERENCIAS SOBRE MESADAS PENSIONALES

Cabe resaltar que aunque lo reclamado es una pensión de jubilación, derecho que por su naturaleza es imprescriptible, no sucede lo mismo con las mesadas que de allí se derivan, pues las mismas se extinguen si no son reclamadas oportunamente dentro del plazo de tres años.

En el sub-judice el acto por medio del cual se reconoce la pensión es la Resolución 5348 de 22 de agosto de 2014 (fl.3). la petición de reliquidación pensional es formulada el 2 de julio de 2015 (Ver folio 11) y la demanda presentada el **30 de junio de 2016**, lo que implica que no se configuró la prescripción.

RESPECTO A DESCUENTOS EN SALUD

Conforme la certificación aportada por la parte actora (fl.21), se encuentra que han venido realizándose descuentos para salud en las mesadas adicionales de diciembre a la pensión de Jubilación.

Así las cosas y de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia, en razón a que no existe fundamento legal que permita la realización de dichos descuentos, se habrá de declarar la existencia y nulidad del acto ficto o presunto provocado con el silencio de la demandada FIDUPREVISORA S.A), respecto de la solicitud presentada el 17 de junio de 2016, por medio del cual la actora solicitó la suspensión de los descuentos por salud en las mesadas adicionales y realizar la devolución de dichos dineros.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la **FIDUPREVISORA S.A**, que suspenda los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre la mesada adicional de la pensión de jubilación. También se ordenará a la

entidad accionada reintegrar a la demandante los valores correspondientes a los descuentos para salud, efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales.

PRESCRIPCIÓN RESPECTO REINTEGRO DE DESCUENTOS POR SALUD.

En el sub examine, se realizaron descuentos sobre mesadas adicionales a partir del 25 de marzo de 2013, (junio de 2013 primer mesada adicional), y como quiera que **la petición se radicó el 17 de junio de 2015 (fl.10)**, -antes de tres años de la demanda 30 de junio de 2016-; no se presentó el fenómeno prescriptivo.

INDEXACIÓN.

Las sumas que resulten a favor del demandante serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, 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 sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA, señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

*“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
3.1. ASUNTOS.*

3.1.1. Única instancia.

*Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹⁴ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera::

- En relación con FONPREMAG el proceso buscaba la de una pensión docente con la inclusión de los factores devengados en el año anterior al status y sobre el tema, existen precedentes que permiten acceder a la solicitud pensional en sede administrativa.*
- Y adicionalmente, se solicitó la suspensión de los aportes por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, frente a lo cual existe una línea jurisprudencial consolidada que concluye su improcedencia*
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.*

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de las partes y la complejidad que revistió la instancia en este caso, se condenara en costas por agencias en derecho al MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUPREVISORA a favor de la demandante con 1. S.M.M.L.V al ser vencida en juicio

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”, una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.*

¹⁴ *Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987).1*

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de la “Resolución 2017 de 15 de abril de 2016 (fl.11), conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, **RELIQUIDAR Y PAGAR** a la señora LUZ MARINA TOVAR LESMES identificada con Cedula de Ciudadanía Nro. 41.670.254, **SU PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON LA INCLUSIÓN DE TODOS LOS FACTORES SALARIALES** devengados durante el 26 de marzo de 2012 al 25 de marzo de 2013, -año anterior al status pensional-, es decir con los factores: “Asignación Básica (sueldo)”, “prima de Vacaciones” y “Prima de navidad”, de acuerdo con las consideraciones expresadas en la parte motiva.

Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anualmente, deberán liquidarse con el 75% de sus doceavas partes.

TERCERO. . **CONDENAR a FONPREMAG A PAGAR** la señora LUZ MARINA TOVAR LESMES identificado con Cedula de Ciudadanía Nro 41.670.254, **las diferencias de las mesadas pensionales resultantes** entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer de acuerdo a la reliquidación ordenada en este fallo, según lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debiendo descontar los aportes para pensión, -liquidados sobre la diferencia que resulta de la inclusión de los factores ordenados en esta sentencia-, por toda la vida laboral del accionante, según cálculo actuarial que realice la entidad.

CUARTO. DECLARAR LA NULIDAD del Acto presunto negativo derivado de la falta de respuesta ante la petición 20150320923632 de 17 de junio de 2016 ante Fiduprevisora (Reintegro Salud) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Como consecuencia de la anterior declaración **ORDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A, **SUSPENDER LOS DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** sobre la mesada adicional de diciembre de la pensión de jubilación de la actora; consecuentemente se deberá **REINTEGRAR** a la actora los valores correspondientes a tales descuentos efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales desde el 25 de marzo de 2013.

SEXTO. CONDENAR EN COSTAS por agencias en derecho a la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. con un salario mínimo legal mensual vigente, (1 S.M.M.L.V - 2018), a favor de la demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. ORDENAR se dé aplicación a lo establecido en los artículos

192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO. En cuanto a los remanentes de los gastos consignados para el proceso se dispondrá dichos emolumentos a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

NOVENO. COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a la parte accionada.

DÉCIMO. EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Se concede la palabra a los apoderados de las partes para que se pronuncien frente a los recursos contra la sentencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

La Juez



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ

Parte demandante:

Dra. JHENNIFER FORERO ALFONSO

Secretario Ad Hoc



JOSE CLEMENTE GAMBOA MORENO