



52

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

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2016-00230-00
ACCIONANTE: VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA
ACCIONADA: MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**AUDIENCIA DE PRUEBAS,
ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTICULOS 181 Y 182 DE LA LEY 1437 de 2011**

ACTA N° 272– 2018

En Bogotá D.C. el 05 de julio de 2018, a las 09:00 de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Profesional Universitario, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 33 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: JINETH ZUJEY GOMEZ CALVO

Parte demandada: No asiste.

Se reconoce personería a la apoderada conforme al poder de sustitución aportado en audiencia

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con los artículos 181 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Decreto de Pruebas
2. Alegaciones Finales
3. Decisión de Fondo

ETAPA I: DECRETO DE PRUEBAS

En audiencia inicial realizada el pasado 20 de marzo hogañ, el Despacho requirió a la parte actora para que radicara petición ante la entidad demandada solicitando aportar al expediente el certificado de los factores devengados durante el último año de servicios (12 de enero de 2013 al 12 de enero de 2014).

La información solicitada fue aportada el día 12 de abril de 2018, visible a folios 47 al 48.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA VI. ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a la parte actora 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 de jubilación que percibe la demandante docente, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año de servicio previo al estatus pensional.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

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: Victor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá.

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, 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.

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

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 20033, en su artículo 81 estableció que todos aquellos docentes que se vinculen a partir de su entrada en vigencia, se les aplicara 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

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

52

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).

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)
	Las horas extras; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal b)
	Los auxilios de alimentación y transporte; (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal e) (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literales d y e)
	La prima de navidad (Decreto 1045 de 1978 literal f Art.45)
	La prima de servicios (Decreto 1045 de 1978 (Art.45 literal h y 46) y (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal f)
	Los viáticos (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal i)
	La prima de vacaciones (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k)
	Los incrementos salariales por antigüedad (Decreto 1042 de 1978 Art. 42 literal a, 47 y 49)
	Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978 (Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal j),
	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)
	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)
	<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 II)</u>

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⁾

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 Constitucional ¹⁸ 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).

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 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 constituyen factor salarial

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-410 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Bogotá, Agosto 28 de 1997, H. 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).

CASO CONCRETO

El señor **VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA**, nació el 01 de abril de 1949, prestó sus servicios como docente de vinculación Nacional, al cumplir 20 años de servicios, su pensión fue reconocida y liquidada bajo los parámetros establecidos por la Ley 33 de 1985.

Según se señaló en la fijación de litigio, en el sub iudice se observa que el accionante laboró desde el 05 de septiembre de 1983 y adquirió su estatus pensional el 01 de abril de 2004.

Con la Resolución 3676 de 06 de diciembre de 2005, le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 02 de abril de 2004, tomando como factor salarial la asignación básica (Folio 04); a su vez, mediante resolución 8181 del 05 de diciembre de 2014 se reliquidó la pensión del demandante por retiro definitivo del servicio sin especificar los factores, con efectos a partir del 13 de enero de 2014. (folio 07).

Conforme al formato único para expedición de certificado de salarios elaborado por la Secretaría de Educación del Distrito, se aprecia que durante el año previo a adquirir el estatus pensional, (periodo comprendido entre el 01 de abril de 2003 al 01 de abril de 2004) el actor devengó Sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad, y durante el último año de servicios (periodo comprendido entre el 12 de enero de 2013 y el 12 de enero de 2014), devengó como factores salariales: sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad. (fl 48)

Las pretensiones de la demanda están dirigidas a solicitar la reliquidación con la inclusión de todos los factores devengados en el año de servicios previo al estatus pensional.

En consecuencia se procederá a declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 3676 del 06 de diciembre de 2005 y 8181 del 05 de diciembre de 2014, y se ordenara la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985, de la siguiente manera: **i)** con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha de adquirir el estatus (entre el 02 de abril de 2003 al 02 de abril de 2004), esto es sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, con efectos a partir del 24 de septiembre de 2011⁹ y hasta el 13 de enero de 2014, fecha en que se verificó el retiro del servicio del actor; y **ii)** con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por el Demandante durante el último año de servicios (entre el 12 de enero de 2013 y el 12 de enero de 2014), con efectos a partir del 13 de enero de 2014, fecha en la que el actor se retiró del servicio, teniendo en cuenta los factores salariales denominados sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

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

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

⁹ Teniendo en cuenta la prescripción trienal, toda vez que la solicitud de reliquidación fue presentada el 24 de septiembre de 2014 y la demanda el 24 de junio de 2016 (fl 6).

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 1993¹⁰, pues la tesis jurídica no incluye a los pensionados que adquirieron el status con posterioridad a su vigencia.

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 Estado¹¹ 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."

¹⁰ 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]10 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)

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. SU del 25 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101. Ref: 4863-2013.

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 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

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.

El Despacho asume por razones de equidad la tesis de los descuentos de aportes durante toda la vida laboral teniendo en cuenta que está de por medio el principio de sostenibilidad fiscal y que la financiación de la pensión no se puede hacer con unos aportes reducidos a 5 años, cuando la prestación pensional es para toda la vida..

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.

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 la solicitud de reliquidación pensional fue presentada el 24 de septiembre de 2014¹², y la demanda el 24 de junio de 2016, por lo que se tendrá por prescritas las mesadas causadas con antelación al 24 de septiembre de 2011.

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

¹² folio 6

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 Estado¹³ 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-

¹³ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

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:

- El proceso buscaba la de una pensión docente con la inclusión de los factores devengados durante el último año de servicios, asunto sobre el que existe línea jurisprudencial definida que obligaba a la entidad a reajustar la pensión en sede administrativa.
- 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, 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.

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la prescripción del derecho a reclamar diferencias sobre las mesadas pensionales anteriores al 24 de septiembre de 2011, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 3676 del 06 de diciembre de 2005, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación al señor VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA identificado con la C.C 6.750.236, sin la inclusión de los factores devengados durante el año previo a adquirir el estatus pensional.

TERCERO. DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 8181 de 05 de diciembre de 2014, por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación por retiro definitivo al señor VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA identificado con la CC 6.750.236, sin la inclusión de los factores devengados durante el último año de servicios..

CUARTO. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena AL MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar y pagar al señor VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA identificado con la C.C 6.750.236, su pensión de jubilación de la siguiente manera: i) con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a la

56

fecha de adquirir el estatus (entre el 02 de abril de 2003 al 02 de abril de 2004), esto es sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, con efectos a partir del 24 de septiembre de 2011¹⁴ y hasta el 13 de enero de 2014, fecha en que se verificó el retiro del servicio del actor; y **ii)** con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por el Demandante durante el último año de servicios (entre el 12 de enero de 2013 y el 12 de enero de 2014), con efectos a partir del 13 de enero de 2014, fecha en la que el actor se retiró del servicio, teniendo en cuenta los factores salariales denominados sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

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

QUINTO. CONDENAR a FONPREMAG a pagar a al señor VICTOR OVELIO FAJARDO RIVERA identificado con la C.C 6.750.236,, 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 la accionada tanto el valor de las mesadas ya pagadas como el valor de los aportes actualizados que el demandante no haya cubierto respecto de la diferencia entre el salario devengado con la liquidación de aportes para pensión durante toda la vida laboral.

QUINTO. CONDENAR en costas integrales a la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES con un salario mínimo legal mensual vigente, (1 S.M.M.L.V), a favor de la demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. ORDENAR se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEPTIMO: Destinar los remanentes de los gastos consignados para el proceso al Consejo Superior de la Judicatura.

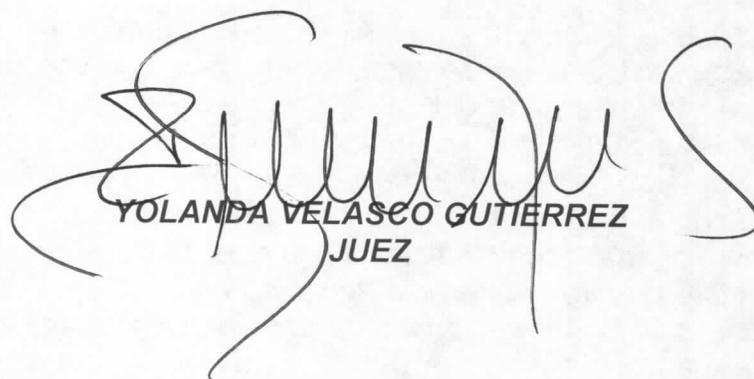
OCTAVO: COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a la parte accionada.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

La apoderada de la parte actora interpone recurso de apelación el cual sustentara por escrito dentro del término.

¹⁴ Teniendo en cuenta la prescripción trienal, toda vez que la solicitud de reliquidación fue presentada el 24 de septiembre de 2014 y la demanda el 24 de junio de 2016(fl 6).


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

JINETH ZUJEY GOMEZ CALVO
PARTE DEMANDANTE


JOSE HUGO TORRES BELTRÁN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO