



60

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

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No. 11001-3335-012-2016-00337-00
ACCIONANTE: BEATRIZ CECILIA AVILA MENDEZ
ACCIONADA: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MÁGISTERIO - FIDUCIARIA LA PREVISORA

**AUDIENCIA ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 de 2011
ACTA N° 274 - 2018**

En Bogotá D.C. el 05 días de julio de 2018, a las diez y treinta 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 TREINTA Y TRES 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.

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 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Etapa de pruebas
2. Alegaciones Finales
3. Decisión de Fondo

SANEAMIENTO DEL PROCESO

Como una garantía al debido proceso se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Las partes ni el Despacho observaron irregularidad alguna, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

PERIODO PROBATORIO

En la audiencia anterior, se ordenó oficiar a la entidad certificara el último año y los factores salariales devengados por la actora. A folio 58 obra la respuesta de la entidad la cual se incorpora al plenario y se decreta como prueba. SE DECLARA CERRADO EL PERIODO PROBATORIO.

Decisión notificada en estrados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión de conformidad con lo consignado en la videograbación digital de la audiencia.

ETAPA VII FALLO

El Despacho procede a dictar sentencia.

PROBLEMAS JURÍDICOS

- 1. Si es procedente reliquidar la pensión docente con la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.*
- 2. Como quiera que el último año de servicio de la actora transcurrió desde el 4 de septiembre de 1994 al 3 de septiembre de 1995, y que sólo alcanzó la edad pensional de 55 años el 20 de febrero de 2001 se determinará si hay lugar a la indexación de la base pensional por pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.*
- 3. 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 6°, inciso 3°, 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 3°, 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 1° 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

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.

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

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 ⁽³⁾, 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, con 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	<i>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)</i>
	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)
	<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 inexequibilidad 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

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

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).

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 retiro; la suspensión de los descuentos por concepto de salud que se realizan sobre las mesadas adicionales y la indexación de la base pensional (primera mesada).

Sobre la reliquidación de la pensión:

La señora **BEATRIZ CECILIA AVILA MENDEZ**, nació el 20 de febrero de 1946 (fl.3), prestó sus servicios como docente de vinculación Nacionalizado (fl.15 reverso), por más de 20 años (25 enero de enero de 1972 al 3 de

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: VICTOR 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 Decreto 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).

septiembre de 1995⁹), sin embargo, sólo alcanzó el status pensional el 20 de febrero de 2001, cuando cumplió la edad pensional.

A la actora le fue reconocida la pensión con la Resolución 0068 de 21 de mayo de 2013 (fl.3-4) , disponiendo como fecha del status el 20 de febrero de 2001, y con los factores asignación básica y prima de navidad reconocidos en el último año (4 de septiembre de 1994 al 3 de septiembre de 1995).

Con peticiones de 8 de mayo de 2014 (fl.05) y 4 de septiembre de 2014 (fl.8) la demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales, junto con la indexación de la primera mesada pensional.

Conforme a la Constancia 2009056130 de 22 de octubre de 2009 (fl.15), se aprecia que durante el último año 1995, la actora devengó los factores: Sueldo y prima de navidad y que con posterioridad al retiro en el año 1996 se le hicieron pagos por concepto de prima de vacaciones.

En la audiencia de 22 de marzo de 2018 (fl.53 reverso), al advertir que existían pagos con posterioridad al retiro, - entre ellos el pago de prima de vacaciones en los años 1997 y 1999-, se ordenó oficiar a la entidad demandada para que certificara el último año de servicio y los factores devengados; como respuesta se allegó la constancia 2018050319 de 23 de abril de 2018 (fl.58) en la que se certifica que el último año fue 1994 y 1995, lo que es congruente con el retiro del servicio a partir del 3 de septiembre de 1995, por abandono del cargo. (Ver Decreto 01132 de 29 de junio de 2001, por la cual se declara la vacancia de un cargo docente por abandono del cargo). Además, se certificó que en el último año le fueron pagados los factores "Sueldo", "Prima de título" y "Prima de Navidad".

Ahora bien, de acuerdo con el estudio sobre factores salariales realizado en esta sentencia el listado contenido en la Ley 62 de 1985 no es taxativa, sino enunciativa, y al haberse consagrado la prima de vacaciones en el Decreto 1045 de 1978 Art.45 literal k, concluye el despacho que pese a que la prima de vacaciones se pagó con posterioridad al último año (en 1997 y 1999 ver certificación folio 15), se debe incluir en la base pensional en la proporción que corresponda al último año de servicio, debiéndose prestar especial atención al hacer la liquidación de verificar que la suma que se incluya por concepto de prima de vacaciones solamente corresponda al último año, pues los pagos que se le hicieron en 1997 y 1999 puede corresponder a diferentes años.

De esta manera el Despacho entiende que por razón del abandono del cargo, la "Prima de vacaciones" quedó pendiente de pago, y sólo le fue

⁹ Se tiene el 3 de septiembre de 1995, por efecto de la Resolución 01132 de 29 de junio de 2001 (fl.16-17) que declaró la vacancia del cargo docente por abandono del mismo.

cancelada con posterioridad al retiro en dos pagos realizados en 1997 y 1999, por lo que es evidente que la actora devengó este factor.

De otra parte, en cuanto a la denominada "Prima de Título", - equivalente a ciento veinte pesos (\$120) -, revisada la normatividad no se encuentra incluida en los listados de la Ley 62 de 1985, y Decretos 1042 y 1045 de 1978, de manera que no es viable su inclusión por efecto de la decisión de la H. Corte Constitucional¹⁰ según la cual el derecho a pensionarse con arreglo a las normas territoriales o departamentales no existía como una situación jurídica consolidada, sino como una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador.

En consecuencia se procederá a declarar la nulidad de la **Resolución N° 0684 de 21 de abril de 2016 (fl. 11)** y se ordenará la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 con la inclusión de los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior al retiro: **4 de septiembre de 1994 al 3 de septiembre de 1995** esto es, Asignación Básica (sueldo), Prima de navidad y prima de Vacaciones.

Se precisa que los factores que se devenguen anualmente se incluirán en su doceava parte.

Deberá prestarse especial atención al momento de realizar la liquidación para que únicamente se incluya: "la doceava parte de la prima de vacaciones correspondiente al último año", pues los pagos realizados en los años 1997 y 1999 (ver certificación fl.15) pueden corresponder a periodos diferentes al último año.

Indexación de la primera mesada:

En relación con la actualización de la primera mesada pensional, se ordenará indexar el valor de la primera mesada, es decir, actualizar el ingreso base de

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-410 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá, Agosto 28 de 1997. H. Corte Constitucional El inciso primero del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", prescribe que las situaciones individuales definidas con anterioridad a la ley, con base en las 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 a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

....

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "dentro de los dos años siguientes" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido.

Estima la Corte que como se ha ordenado en anteriores circunstancias, es preciso, en aplicación del principio de unidad normativa examinar la constitucionalidad del artículo mencionado en su integridad ya que este guarda una relación inescindible con los apartes demandados.

liquidación pensional (1995) a la fecha en que efectivamente cumplió el status pensional (20 de febrero de 2001).

En lo que tiene que ver con el derecho reclamado a la indexación de la primera mesada pensional, tanto el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo como la H. Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos¹¹ ha establecido que cuando una pensión es reconocida uno o más años después de la fecha de retiro del trabajador, el valor de la mesada pensional tiene que ser actualizado, pues si se liquida con base en los últimos salarios devengados existe una notoria pérdida de poder adquisitivo de la prestación, como consecuencia directa de la devaluación de la moneda entre la fecha de retiro del empleado y la fecha de reconocimiento de la pensión.

Lo anterior, de conformidad con el criterio del H. Consejo de Estado¹² que respecto a la indexación de la primera mesada pensional ha expresado:

“Bajo criterios de justicia y equidad se determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene porque soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios.

Por lo tanto, es procedente la indexación de la primera mesada pensional por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pues como quedó establecido en el sub judice **la actora fue retirada del servicio en 1995 sin cumplir el requisito de edad para adquirir su derecho a la pensión, y debió esperar hasta 2001** para percibir tal prestación.

DESCUENTOS PARA SALUD Y PENSION DERIVADOS DE NUEVOS FACTORES CUYA INCLUSIÓN SE ORDENA.

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.

¹¹ H. Consejo de Estado – sección Segunda, Subsección b sentencia de fecha 7 de marzo de 2013, proferida dentro del proceso con radicación N° 76001-23-31-000-2004-05527-02 (0504-09) Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve

¹² Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, de fecha seis (06) de mayo de 2010. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09)

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 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 PRESCRIPCION DE ÉSTOS 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.

PRESCRIPCION DE MESADAS

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.

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

En el sub-judice, en la **Resolución 681 de 21 de mayo de 2013 (fl.3)**, acto por medio del cual se reconoce la pensión de la actora se estableció que si bien la actora consolidó el status el 20 de febrero de 2001, el derecho al pago de mesadas **surgió a partir del 3 de octubre de 2008** en razón a que la solicitud en sede administrativa sólo fue presentada en octubre de 2011.

La solicitud de reliquidación se presentó el 8 de mayo de 2014 lo que implica que el derecho a reclamar diferencias sobre mesadas con anterioridad al 8 de mayo de 2011 se encuentran prescritas.

<i>Nacimiento del Derecho a cobrar mesadas</i>	Solicitud de reliquidación	Prescripción (Trienal)	<i>Demanda</i>
3 de octubre de 2008	8 de mayo de 2014 (fl.5)	8 de mayo de 2011	14 de julio de 2016 (Antes de 3 años contados desde la solicitud)

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 2003¹⁴, 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 2003¹⁵.

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.

¹⁴ - Disposiciones normativas que a criterio del H. Tribunal se hicieron extensivas a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-
¹⁵ 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 Ortégón Ortégón. 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.

*“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”.*¹⁶

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 referida interpretación

En cuanto a **prescripción** teniendo en cuenta que la petición fue radicada el 29 de abril de 2014 (fl.18), el derecho a la devolución de descuentos efectuados sobre mesadas adicionales anteriores al 29 de abril de 2011 se encuentran prescritos.

INDEXACIÓN DE LA CONDENA

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.

¹⁶ 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

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 Estado¹⁷ 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:

- El proceso buscaba la reliquidación de una pensión docente con la inclusión de los factores devengados durante el último año de servicios, la indexación de la base pensional y devolución de los descuentos por concepto de salud realizado sobre mesadas adicionales.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.
- No se presentaron excepciones previas.

¹⁷ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

- Sobre el tema, existen precedentes que permitían acceder a la solicitud pensional en sede administrativa.

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 **8 de mayo de 2011**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la **Resolución 681 del 21 de mayo de 2013** por cuanto negó la solicitud de reliquidación pensional, de acuerdo con las consideraciones expresadas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a:

- a) **Reliquidar** a la señora BEATRIZ CECILIA AVILA MENDEZ identificado con Cedula de Ciudadanía Nro. 41.461.476, su pensión de jubilación con la inclusión de los factores Asignación Básica (sueldo), Prima de navidad y prima de Vacaciones devengados en el último año **4 de septiembre de 1994 al 3 de septiembre de 1995.**

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

Como quiera que el factor "Prima de vacaciones" se pagó hasta el año 1997 y 1999 debe tenerse especial cuidado de verificar que el valor que se incluya en la base pensional únicamente sea la doceava parte que corresponda al último año de servicio.

- b) **Actualizar la base pensional** conforme con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que la actora alcanzó el estatus pensional en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.
- c) **Descontar** tanto el valor de las mesadas ya pagadas como el valor de los aportes con destino a salud y pensión actualizados que el demandante no haya cubierto respecto de los factores incluidos en esta sentencia.
- d) **Pagar** a la señora BEATRIZ CECILIA AVILA MENDEZ identificado con Cedula de Ciudadanía 41.461.476, 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, debidamente indexadas según lo establecido en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a partir del 8 de mayo de 2011, por prescripción trienal.

CUARTO. DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO FICTO por silencio negativo frente a la petición del 29 de abril del 2014, elevada ante la FIDUPREVISORA.

QUINTO. CONDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - por intermedio de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA** a reintegrar, - en favor de la señora BEATRIZ CECILIA AVILA MENDEZ identificada con Cedula de Ciudadanía 41.461.476 -, los valores correspondientes a los descuentos para salud efectuados sobre las mesada pensional adicionales de junio y diciembre, a **partir del 29 de abril de 2011**, por prescripción trienal

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS POR AGENCIAS EN DERECHO de manera integral a la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – 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 la providencia.

SEPTIMO: 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 se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a los gastos de funcionamiento que cubrió el 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.

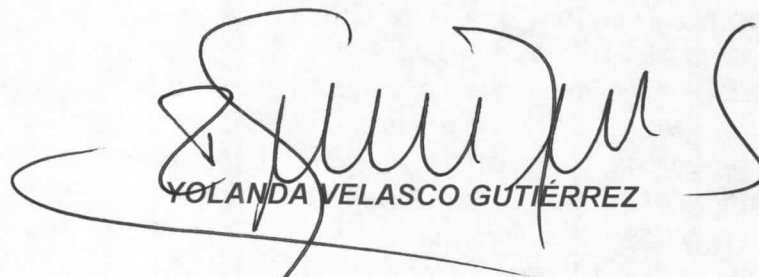
DECIMO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

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.

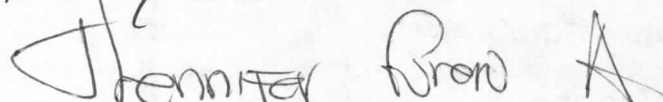
La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación contra el fallo, manifestando que lo sustentará dentro del término de ley.

La Juez



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ

Apoderada de la parte demandante:



Dra. JHENNIFER FORERO ALFONSO

Secretario ad hoc:



JOSE CLEMENTE GAMBOA MORENO