



Bogotá, D.C.,

18 OCT. 2017

Expediente: 2015-00537
Demandante: SEGUNDO EUSEBIO ROMERO CORONADO
Demandada: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONPREMAG
Asunto: Reliquidación pensional y Descuentos en salud
Sentencia: 68

No encontrándose causal que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Segundo Eusebio Romero Coronado actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 27 de noviembre de 2015 (f. 23), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

A. PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1. Se declare la nulidad de la **Resolución 7942 del 27 de noviembre de 2014** expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá por medio de la cual se niega la solicitud de revisión de la pensión de jubilación.
2. Se tenga como configurado el acto presunto negativo generado por el silencio administrativo de la Fiduciaria la Previsora ante la petición radicada el 18 de junio de 2014 y se declare su consecuente nulidad.
3. Como consecuencia de las anteriores declaratorias se condene a la Nación – Ministerio de Educación y a la Fiduciaria la Previsora según corresponda a la reliquidación de la pensión de jubilación **incluyendo todos los factores salariales devengados** en el último año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.
4. Se condene al reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.
5. Ordenar a las entidades no continuar realizando los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de cada año que se causen a partir de la sentencia.
6. Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor del demandante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores desde el momento en el que se reconoció la pensión. Descontando los que ya se hayan cancelado.
7. Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo dispuesto en el artículo 187 y 192 del CPACA.
8. Condenar en costas a las entidades demandadas conforme con el artículo 188 ibídem.

B. NORMAS VIOLADAS

Citó como normas violadas algunos artículos de la Constitución Política, Ley 57 y 153 de 1887, Ley 33 y 62 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1992, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

C. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN (f. 24 a 31)

La apoderada de la parte actora manifestó que al proferirse los actos administrativos se aplicó de manera equivocada la Ley 33 de 1985, en tanto la fecha de adquisición del status pensional de su representada fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que debió aplicarse lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, régimen especial de los docentes.

Como soporte de sus argumentos citó sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, para señalar que tiene derecho a que el reconocimiento pensional se haga con la inclusión de todos los factores salariales.

Frente a los **descuentos en salud** en las mesadas adicionales citó jurisprudencia del Consejo de Estado y realizó un recuento normativo concluyendo que existe una prohibición legal de realizar descuentos en salud en dichas mesadas, por cuanto si bien el actor es beneficiario de un régimen especial, conforme a la Ley le es aplicable las disposiciones que le son favorables del régimen general de pensiones, esto es, las que contemplan las mesadas adicionales de junio y diciembre.

D. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 21 de enero de 2016 (f. 54 y vto.), se admitió la demanda, providencia que fue notificada mediante estado el 22 de enero de 2016.

2. Contestación de la demanda

Debidamente notificada la demanda propuesta por el actor, las entidades accionadas contestaron la demanda extemporáneamente.

3. Audiencia inicial

El 4 de abril de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual se agotaron las etapas previas y se dispuso la práctica de pruebas (ff. 112 - 114); una vez recaudadas se corrió traslado a las partes y se concedió término para alegar de conclusión mediante providencia del 6 de julio de 2017 (f. 132).

4. Alegatos de conclusión

Dentro del término legal, las entidades demandadas guardaron silencio.

Por su parte, la parte actora reiteró los argumentos de la demanda y señaló que el demandante tiene derecho a que en su pensión sean incluidos la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

Respecto de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales citó sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en las cuales se accedió a las pretensiones de suspensión y reintegro.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y a decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad de (i) la **Resolución 7942 del 27 de noviembre de 2014**, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante y (ii) la nulidad del acto presunto que se generó por el silencio de la entidad frente a la solicitud de reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para salud.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional y si es procedente ordenar la devolución de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de diciembre de la pensión devengada por el actor, así como la suspensión de dichos descuentos.

C. HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Mediante **Resolución No. 1444 del 14 de junio de 2005**, la entidad demandada reconoció a la accionante pensión de jubilación, con efectividad a partir del 30 de noviembre de 2012 (ff. 3 - 4).
2. La fecha de causación del estatus de la accionante fue el 29 de noviembre de 2012 (f. 3).
3. Según el formato único de expedición del certificado de historia laboral, el tipo de vinculación del demandante es como docente nacional y se vinculó desde el 10 de marzo de 1993 (f. 19).
4. Obra a folio 18 formato único para expedición de certificados de salarios en el que se evidencian los conceptos que devengó el señor Segundo Eusebio Romero Coronado, para el periodo 1º de diciembre de 2011 a 7 de diciembre de 2012, siendo estos: sueldo, prima especial, prima de vacaciones, prima de navidad y auxilio de movilización, último este que fue percibido a partir del 16 de enero de 2012.
5. La demandante elevó petición el 23 de julio de 2014, ante la Secretaría de Educación de Bogotá, solicitando la reliquidación de su pensión de jubilación y la suspensión y reintegro de todos los descuentos en salud que se efectúan a sus mesadas adicionales, entidad que a través de la **Resolución 7942 del 27 de noviembre de 2014** negó la solicitud (ff. 7 a 10 y 12 a 15).
6. Igualmente, el demandante el 18 de junio de 2014 solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A. el reintegro de la suma descontada por concepto de seguridad social en el primer pago efectuado, de los descuentos de salud en las mesadas adicionales y la suspensión de dicho descuento, petición sobre la que no se evidencia respuesta (f. 11).
7. Obra, a folios 123 y vto., extracto de pagos en el que se observa que el demandante percibe la mesada adicional de diciembre y sobre esta realizan descuentos para salud.

D. DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Una vez estudiado el proceso de la referencia se observa que ocurrió el silencio administrativo negativo de conformidad con el artículo 83 del CPACA, en la medida que el actor presentó petición, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando la suspensión y reintegro de los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales, y la entidad peticionada no dio respuesta de fondo a lo solicitado, razón por la cual, se entenderá que su respuesta frente a tal solicitud es negativa.

Configurado de esta manera el silencio administrativo negativo, el administrado queda habilitado para acudir directamente a la jurisdicción, en tanto que conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 161 *ejúsdem*. “El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto”.

E. ANÁLISIS DEL DESPACHO

1. Régimen prestacional aplicable a los docentes

La Ley 812 de 2003¹ “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006*”, estableció que el régimen prestacional de los docentes oficiales (nacionales, nacionalizados y territoriales)² que se encontraban vinculados al servicio educativo oficial con anterioridad a esta ley es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia, que para el efecto, era la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), cuyo artículo 115 dispuso que “el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley en la ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley”.

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989³, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, distinguió entre i) docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes 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 y ii) **docentes nacionales** y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, quienes para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

¹ Mediante el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, se dispuso que continúan vigentes los artículos (...) 81, 82, 86, de la Ley 812 de 2003.

² De conformidad con lo previsto en el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, son **docentes nacionales** los vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; son docentes nacionalizado los vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975; y son *docentes territoriales* vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

³ “**Ley 91 de 1989. 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 registrarán 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:** (...)// 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 pensonal (...). Resaltado fuera de texto.

Así mismo, para efectos pensionales estableció que para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá una pensión de jubilación y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴.

Ahora bien, el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional está señalado en las leyes 33 y 62 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Recuerda el Despacho que en materia de pensiones del sector público, la Ley 33 de 1985⁵ se aplicó a los empleados oficiales de todos los órdenes, con lo cual se permitió sumar los períodos laborados en entidades nacionales y en las territoriales para reunir el requisito de tiempo de servicios, además, unificó para hombres y mujeres la edad en 55 años. En estos dos aspectos modificó el Decreto Ley 3135 de 1968⁶, que hasta entonces solo regulaba los servicios prestados a las entidades nacionales.

Así, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Y respecto de los factores salariales, el artículo 3º *eiusdem* consagró una lista enunciativa de los mismos que irían a componer el ingreso base de liquidación.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Se advierte en este punto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,⁷ unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁸ se les aplica la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año.

El problema jurídico que se propuso asumir la Sección Segunda en la sentencia de unificación, consistió en determinar si procedía el reajuste de la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios.

⁴ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" sentencia del 23 de febrero de 2006 en la que sostuvo: "La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: ...-) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1/90, en el párrafo 2 del núm. 1 del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los 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. No puede pasar de desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional".

⁵ Ley 33 de 1985. "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁶ Decreto 3135 de 1968. "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁸ Ley 100 de 1993. "Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)."

Para el efecto, reiteró que a las personas en régimen de transición se les debe aplicar en su integridad el régimen pensional anterior⁹, que para el caso era el previsto en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad. Respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la sentencia se inclinó a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa, sino que, deduce la sentencia, que los mismos están simplemente enunciados.

La precitada sentencia constituyen en este caso antecedentes que llevan al Despacho a concluir que, debiendo aplicarse al accionante el régimen pensional previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la correcta liquidación de su pensión implica tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Conforme con lo anterior, debe verificarse en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma para la reliquidación de la prestación, a través de los medios probatorios idóneos para tal efecto.

2. Marco jurídico de los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilitó la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales. No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues los obligó, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad una cotización del 12%, toda vez que la norma para estos efectos remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De esta manera, para el Despacho, el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, en la que argumentó que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de cancelar la totalidad de la cotización en salud, prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, equivalente al 12% de su mesada pensional¹⁰.

Siendo así, para el Despacho no resulta procedente la mixtura de normas por lo que no es acertado aplicar el segmento del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, que posibilita la deducción incluso en las mesadas adicionales, y por otra, aplicar en lo más favorable a la entidad, el monto del 12.5% de la cotización prevista en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, lo que resulta contrario al principio de inescindibilidad.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Al respecto señaló la sentencia *"Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda"*.

¹⁰ Corte Constitucional. C-369 del 27 de abril de 2004. *"En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*¹⁰ (negrilla fuera de texto).

Estima el Despacho que en virtud de la derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para el tema en estudio debe darse aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y demás normas que las modifican y derogan, entre ellas, lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002¹¹, pues si el objeto de la disposición normativa fue establecer un régimen uniforme en virtud del principio de solidaridad para quienes ostentan el estatus de pensionado lo que conllevó a incrementar el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12,5% establecido en el Régimen General, es dable entender que ello se extiende a toda la normatividad que la regula, entre otras, la prohibición de los descuentos por salud para las mesadas adicionales de junio y diciembre, en virtud del principio de igualdad en materia tributaria frente a una población con características similares, en este caso los pensionados del régimen ordinario frente a los pensionados docentes, el cual ha sido desarrollado por el principio de equidad tributaria con el cual se pondera la distribución de las cargas o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes de similares características para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible, conforme lo ha dicho la H. Corte Constitucional Sentencia C-743 de 2015 así:

“...además del principio de legalidad, el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad (art. 363 CP), que se erigen en parámetros para determinar la *“legitimidad del sistema tributario”*¹². Estos principios se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular, como se precisa en la Sentencia C-409 de 1996, al advertir:

“Es cierto que las limitaciones legales pueden también implicar ciertos sacrificios en términos de equidad tributaria concreta, pues el impuesto cobrado puede no corresponder exactamente a la renta efectiva. Sin embargo, esta Corporación había establecido que tales sacrificios no violan la Carta, siempre que no sean irrazonables y se justifiquen en la persecución de otros objetivos tributarios o económicos constitucionalmente relevantes, pues no sólo el Legislador puede buscar conciliar principios en conflicto, como la eficiencia y la equidad sino que, además, tales principios se predicen del sistema tributario en su conjunto, y no de un impuesto específico. **Una regulación tributaria que no utilice criterios potencialmente discriminatorios, ni afecte directamente el goce de un derecho fundamental, no viola el principio de igualdad si la clasificación establecida por la norma es un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.**”

31. El principio de equidad tributaria, que es una manifestación específica del principio de igualdad, se concreta en la proscripción de tratos legales tributarios diferentes injustificados, sea porque no hay razón para el trato desigual o sea porque se dé un mismo trato pese a existir razones para dar un trato desigual¹³. El principio de equidad puede ser considerado en términos horizontales o verticales. La equidad horizontal implica que el sistema tributario debe dar un mismo trato a las personas que, antes de tributar, tienen la misma capacidad económica, de manera tal que mantengan su paridad luego de pagar sus tributos. La equidad vertical, relacionada con la exigencia

¹¹ Decreto 1073 de 2002 *“Por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media”*. **“ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.// (...) PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesada adicional.”** (Negrilla fuera de texto).

¹² Cfr. Sentencia C-409 de 1996, C-1060 A de 2001, C-397 de 2011 y C-615 de 2013.

¹³ Sentencias C-419 de 1995, C-711, C-1170 y C-1060 A de 2001, C-734 de 2002, C-1003 de 2004, C-426 de 2005, C-397 y C-913 de 2011 y C-833 de 2013.

de progresividad, implica que la carga tributaria se debe distribuir de tal manera que quienes tienen una mayor capacidad económica deben soportar una mayor parte del impuesto¹⁴.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo parcialmente el parágrafo de la citada norma, únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada de junio), siendo claro la improcedencia de los descuentos frente a la mesada prevista en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 (mesada de diciembre)¹⁵.

Con el mismo razonamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre¹⁶.

Así las cosas, nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho.

2. Caso concreto

Situación jurídica del peticionario

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 1444 del 3 de marzo de 2014**, proferida por la entidad demandada, le fue reconocida al accionante pensión vitalicia de jubilación en su condición de **docente Nacional**, con un promedio del 75% de los salarios devengados en el año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha de estatus y teniendo en cuenta como factores el sueldo, auxilio de movilización y prima de vacaciones.

En el acto de reconocimiento, se contempló el día **29 de noviembre de 2012**, como la fecha de causación del estatus de jubilado, al cumplir con los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicios.

Asimismo se demostró por el actor que tiene la condición de **DOCENTE NACIONAL** vinculado el 10 de septiembre de 1993, conforme el formato único para expedición de historia laboral obrante a folio 19, por lo que este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas el actor tiene derecho a que se le aplique el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional.

Factores que integran el ingreso base de liquidación del demandante

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folio 18 en consonancia con lo mencionado en la Resolución No. 1444 de 2014, el año anterior a la adquisición del estatus pensional corresponde al período comprendido entre el **30 de noviembre de 2011 al 29 de noviembre de 2012**. Al respecto, este Despacho observa que en la certificación mencionada figuran los factores devengados por el actor en este periodo así:

¹⁴ . Sentencias C-419 de 1995, C-261 de 2002, C-397 de 2011 y C-833 de 2013.

¹⁵ Consejo de Estado, la Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064

- Sueldo (reconocido)
- **Prima especial**
- Auxilio de movilización (reconocido)
- Prima de vacaciones (reconocida)
- **Prima de navidad.**

Así las cosas, por simple confrontación directa entre el acto administrativo demandado, **Resolución No. 7492 del 27 de noviembre de 2014**, y la normatividad aplicable, se concluye que este no se ajusta al ordenamiento jurídico; por el contrario, la normatividad referenciada en esta sentencia y la reiterada jurisprudencia nacional confirman que el correcto proceder de la administración ha debido estar dirigido a reajustar la liquidación de la mesada pensional reconocida a la demandante. Por tanto, este Despacho procederá a declarar la nulidad del acto administrativo demandado y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

Procedencia de los descuentos en salud en las mesadas adicionales

Quedó demostrado que la pensión reconocida a la aquí actora viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que sobre esta se han venido realizando los descuentos en salud en las mesadas adicionales de **diciembre**, aclarando que esta última se ve reflejada en el mes de noviembre, conforme se acredita con los extractos de pago obrantes a folio 20 del expediente, de lo que se concluye que, de acuerdo a la normatividad aplicable, el acto administrativo ficto que negó la solicitud, no se ajusta al ordenamiento jurídico, respecto de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales devengadas por la actora.

Por las razones anteriormente expuestas, el Despacho ordenará a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - representado por el Ministerio de Educación Nacional, para que a través de la FIDUPREVISORA S.A. como entidad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales de noviembre por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción.

Restablecimiento del Derecho

Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por el accionante a través de los actos administrativos demandados, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año anterior a la adquisición del estatus, esto es del **30 de noviembre de 2011 al 29 de noviembre de 2012**, incluyendo como factores salariales, además del sueldo, auxilio de movilización y la prima de vacaciones, la **prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad**; actualizando el valor del ingreso que sirve de base para el reconocimiento de la pensión, según la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Es indispensable señalar que, se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal; lo anterior, dado que la omisión por parte de la administración no impide el

reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional¹⁷.

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado¹⁸, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor¹⁹, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre la cuantía del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores, y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Estos descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la suma de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso monetario, y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente.

Prescripción: De conformidad con la petición de reconocimiento pensional y las solicitudes de reliquidación pensional y suspensión y reintegro de los descuentos para salud, en el caso concreto no hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102 el cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Como quiera que la parte actora presentó su solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación el **23 de julio de 2014** y la de suspensión y reintegro de los descuentos para salud de las mesadas adicionales el **18 de junio de 2014**, interrumpiendo la prescripción trienal, en tanto el reconocimiento pensional data del 3 de marzo de 2014.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandía Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

¹⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13) Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

¹⁹ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²⁰, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la*

²⁰ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra." (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado²¹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">>²²"

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de ésta²³. Así mismo, no se comprobaron los hechos que acreditan su causación como se exige en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la **Resolución No. 7942 del 27 de noviembre de 2014** que negó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante y el reintegro de los descuentos por salud en las mesadas adicionales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO FICTO NEGATIVO respecto de la petición elevada ante la Fiduciaria la Previsora el 18 de junio de 2014 en relación con la suspensión y reintegro de

²¹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²² Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) "(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas".

los descuentos en salud realizados sobre las mesadas pensionales adicionales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación del señor SEGUNDO EUSEBIO ROMERO CORONADO, identificado con la cédula de ciudadanía 19.336.144 de Bogotá, en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es 30 de noviembre de 2011 a 29 de noviembre de 2012, incluyendo como factores salariales además del sueldo, auxilio de movilización y prima de vacaciones, **la prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad.**

La reliquidación ordenada estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- DISPONER que de las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir;** pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

QUINTO.- ORDENAR a las entidades demandadas la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de diciembre y **CONDENAR** a la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUPREVISORA S. A,** como entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a **RESTITUIR** a favor del señor Segundo Eusebio Romero Coronado, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre desde el 30 de noviembre de 2012 fecha a partir de la cual se le reconoció su pensión de jubilación. Sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor - IPC certificados por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia y declarar prescrito el pago de los descuentos anteriores a esta fecha.

SEXTO.- ORDENAR el ajuste al valor; es decir que de la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

SÉPTIMO.- DECRETAR que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

OCTAVO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

NOVENO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

DÉCIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiera; así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

UNDECIMO. Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Ergo