



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No 137 – 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-**2015-00805-00**

Demandante: Yenny Isabel Sánchez Montesdeoca

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S. A.

Tema: Reliquidación pensional

En Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de octubre de 2017, siendo las nueve y cinco minutos de la mañana (**09:05 a.m.**), la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **Yenny Isabel Sánchez Montesdeoca**, en el radicado 110013335-017-**2016-00805-00**, en contra de la **Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG y la Fiduprevisora S. A.**

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderada de las demandantes: DEISSY GISSELLE BEJARANO HAMON, con C.C. No.1.030.555.680 y Tarjeta Profesional No. 240.976 del C. S. de la J., Autoriza notificaciones al correo electrónico: gisselle.abcolpen@gmail.com.

Apoderado del Ministerio de Educación: JUAN PABLO ORTIZ, identificado con C.C. 80.039.013 y T.P. 152.058 del C. S. de la J, a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder de sustitución aportado, autoriza notificaciones electrónicas al correo electrónico: gerencia@aintegrales.co.

La presente decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No. 388**. Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público no asiste a esta diligencia.

B. SANEAMIENTO (00.22.55)

El despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse en esta etapa; no obstante, se corre traslado a los sujetos procesales para que se manifiesten en torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados.

El apoderado del Ministerio de Educación manifiesta que desiste de las excepciones de falta de legitimación e inepta demanda. El despacho conforme con el artículo 316 del código general del proceso. La presente decisión se adopta mediante auto interlocutorio **N 491** y se notifica en estrados. Sin recursos

A. EXCEPCIONES (00.24.20)

Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 172 y 173 del C.P.A.C.A., el Ministerio de Educación Nacional propone la excepción de **inexistencia de la obligación** sobre la cual advierte el Despacho que, esta se decidirá en la sentencia, al igual que la excepción de **prescripción** sobre la cual se resolverá una vez se decida acceder a las pretensiones de la demanda. Esta decisión de adopta mediante **auto interlocutorio 491 y se notifica en estrados. Sin recursos.**

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO (00.37. 20)

El apoderado del Ministerio de Educación Nacional aceptó como ciertos únicamente los hechos 1 y 2 de la demanda según los cuales, la accionante nació el 26 de agosto de 1956 y que mediante Resolución No. 2600 del 25 de mayo de 2012 se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación, efectiva a partir del 27 de agosto de 2011, incluyendo en la liquidación como factores salariales únicamente la asignación básica y la Prima de Vacaciones.

DE LA DEMANDA

Pretensiones: Conforme lo dispuesto previamente, las pretensiones de la demanda se concretan a lo siguiente:

- 1.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 3793 del 5 de agosto de 2015, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante.
- 2.- Que se tenga configurado el acto administrativo ficto y su posterior nulidad, en razón al silencio por parte de la Fiduprevisora frente a la solicitud de reintegro y suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de diciembre, radicada el 11 de marzo de 2015.
- 3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene la reliquidación y pago de la pensión reconocida a la demandante, a partir del 5 de abril de 2014, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, así como el reintegro y la suspensión de los descuentos efectuados en salud de las mesadas adicionales de diciembre, así como el reintegro del primer pago de la mesada pensional.
- 3.- Que los valores reconocidos sean sometidos a la respectiva indexación consagrada en el artículo 187 del CPACA.
- 4.- Condenar a la demandada al pago de las diferencias resultantes y al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.
- 5.- Condenar a la entidad demandada a los intereses comerciales y moratorios establecidos en el artículo 195 del CPACA.
- 6.- Condenar en costas a la demandada de acuerdo con lo previsto en el artículo 188 del CPACA.

Normas Violadas y Concepto De Violación: (cfr. f. 22) El demandante citó los artículos de la Constitución Política referentes a la igualdad ante la Ley, el debido proceso, protección y asistencia a las personas de la tercera edad y de favorabilidad. Se refirió a la forma en la que las Leyes 33 de 1985 ordena la liquidación de las pensiones con el 75% de lo percibido en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus de pensionada, se refiere posteriormente, a la Ley 91 de 1989 que remite al Decreto 1045 de 1978, en lo referente a los factores salariales a tener en cuenta en la pensión de jubilación reclamada por la accionante.

En lo referente a los descuentos en salud para las mesadas adicionales de cada año, citó el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003 que a su juicio derogó tácitamente los descuentos en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del **Ministerio de Educación Nacional –FOMAG**, consideró que los descuentos en salud sobre los cuales la demandante está solicitando el reintegro encuentran su fundamento en lo regulado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 por medio del cual se creó el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio y en los señalamientos del H. Corte Constitucional en el fallo del 27 de abril de 2004 con ponencia del Doctor Eduardo Montealegre Lynnet, en la cual quedó clara la obligatoriedad de efectuar descuentos sobre los pagos de cada mesada generada.

Por lo demás, reforzó los argumentos según los cuales quien está llamada a responder por las reclamaciones que aquí se ventilan es la respectiva entidad territorial, que para el caso concreto es la

PROBLEMA JURÍDICO (00.41.42)

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 status pensional 25-08-2010 al 26-08-2011 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.

Fijado el litigio en el presente asunto, la Juez concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la misma.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.572** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN (01.08.16)

Si bien la controversia aquí ventilada trata de **derechos ciertos e indiscutibles**, los efectos económicos del acto impugnado pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al apoderado de la entidad demandada si el comité de conciliación de la entidad se reunió y si existe formula en el caso concreto.

Parte demandada: Manifiesta que el Comité de Conciliación, decidió no conciliar y dicha acta fue allegada con la contestación de la demanda.

El Despacho teniendo en cuenta la negativa de la entidad declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación mediante **auto interlocutorio 573**

IV. MEDIDAS CAUTELARES (01.09.36)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal, mediante auto interlocutorio N° 574.

V. DECRETO DE PRUEBAS (01.09.38)

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del CPACA, en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho teniendo en cuenta que con la demanda fueron aportados los medios de prueba necesarios para resolver el litigio, se incorporan legalmente al proceso con el valor probatorio que les otorga la Ley.

contestación de la demanda, conforme lo establece el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011; el Despacho **prescinde de la audiencia de pruebas**.

La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.575**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por no existir pruebas que practicar se prescinde de la audiencia de pruebas y se dispone conceder el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, esta decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No.576** quedando las partes notificadas en estrados. Sin oposición. Se concede el uso de la palabra así:

PARTE DEMANDANTE (01.13.56): Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

PARTE DEMANDADA: (01.27.36) Rinde sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia y solicita que se tenga en cuenta la prescripción de los procesos y no se condene en costas.

VII. SENTENCIA N.63 (Min. 01.30.10)

Agotadas las etapas previas enunciadas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar el sentido del fallo en razón a los cambios jurisprudenciales que se estudian a continuación.

VIII. CONSIDERACIONES

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*”.

1. Régimen prestacional aplicable a los docentes(Min.01.28.49)

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

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

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”.

Así en el caso que nos ocupa, a partir de la expedición de la Ley 60 de 1993, los docentes territoriales fueron incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, de acuerdo con lo normado en el artículo 6º, que establece que: <<El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial>>.

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 regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

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 Estado, entre otras en su sentencia del 23 de febrero de 2016 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”.

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 1985⁴ se aplicó a los empleados oficiales de todos los órdenes, con lo cual se permitió sumar los períodos

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 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:** (...)// 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

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 1968⁵, 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 2010,⁶ 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 1993⁷ 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. Para el efecto, reiteró que a las personas en régimen de transición se les debe aplicar en su integridad el régimen pensional anterior⁸, 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.

Las precitadas sentencias 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.

⁵ 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”***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁷ 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 (...).”***

⁸ 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*

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 (minuto 1.4416)

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 pensional⁹.

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.

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 2002¹⁰, 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 extienda 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:

⁹ 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"*⁹ (negrilla fuera de texto).

¹⁰ 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*

“...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”¹¹. 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 desigual¹². 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 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 impuesto¹³.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo parcialmente el párrafo 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)¹⁴.

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 diciembre¹⁵.

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 (Min.02.13.06)

Situación jurídica de la peticionaria

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 2600 del 25 de mayo de 2012**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida al accionante pensión vitalicia de jubilación en su condición de **docente Territorial**, con un promedio del 75% de los salarios

¹¹ Cfr. Sentencia C-409 de 1996, C-1060 A de 2001, C-397 de 2011 y C-615 de 2013.

¹² 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.

¹³ Sentencias C-419 de 1995, C-261 de 2002, C-397 de 2011 y C-833 de 2013.

devengados de mayo de en el año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha de estatus de pensionada y teniendo en cuenta como factores el sueldo y la prima de vacaciones.

En el acto de reconocimiento, se contempló el día **26 de agosto de 2011**, como la fecha de causación del estatus de jubilada, al cumplir con los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicios.

Asimismo se demostró por la actora que tiene la condición de DOCENTE TERRITORIAL vinculada el 19 de abril de 1990, conforme el formato único para expedición de historia laboral obrante a folio 18, por lo que este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas la accionante tiene derecho a que se le aplique el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Factores que integran el ingreso base de liquidación del demandante

En cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el artículo 45 del Decreto 1045 del 17 de junio de 1978⁶, dispuso los factores salariales a tener en cuenta para efectuar aportes para pensión en pensión, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*

⁶ Ley 10 de 1978, artículo 45, numeral 1º, inciso 1º, donde se establece la liquidación en jornada nocturna o en días de descanso

II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente."

Conforme a las normas expuestas el salario base para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos se encuentra constituida por todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

La anterior posición es la adoptada por el consejo de estado para la solución de casos de docentes oficiales donde la demandada es la misma del presente caso, concluyendo así que tienen derecho a la reliquidación del beneficio pensional que les fuera reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios⁷.

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folios 16 a 18 en consonancia con lo mencionado en la Resolución No. 2600 de 2012, el año anterior a la adquisición del estatus pensional corresponde al período comprendido entre el **27 de agosto de 2010 y el 26 de agosto de 2011**. Al respecto, este Despacho observa que en la certificación mencionada figuran los factores devengados por el actor en este periodo así:

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

Por simple confrontación directa entre el acto administrativo demandado y la normatividad aplicable, se concluye que esta no se ajusta al ordenamiento jurídico. Por tanto, este Despacho procederá a declarar su nulidad y ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho; lo anterior, en razón a la inclusión de todos los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional.

En consecuencia, la entidad demandada deberá proceder al reajuste de la pensión de jubilación por aportes de la demandante tomando como IBL el **75%** de la totalidad de los factores salariales devengados durante el **año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada**, incluyendo además de los ya reconocidos (salario básico mensual y prima de vacaciones), los siguientes: auxilio de movilización, prima especial, prima de servicio y prima de navidad, según consta en la certificación laboral del año anterior al estatus, es **27 de agosto de 2010 y 26 de agosto de 2011**.

Respecto a la **prima de navidad**¹⁶, conforme el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, este tiene correspondencia anual, se liquidará y pagará con base en el último salario devengado al 30 de

¹⁶ ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a partir de una décima parte del año.

noviembre de cada año; razón por la cual su cómputo para la liquidación de la mesada pensional será de una doceava (1/12) parte.

Sobre la **prima de servicios**¹⁷, al ser esta una prestación de causación anual, según el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 determinándose como un solo pago; se tendrá en cuenta el valor en una doceava (1/12) parte.

Respecto a la **prima de vacaciones**¹⁸, este factor salarial, que en consonancia con las prestaciones antepuestas, también es de causación anual y de un solo pago en el año, previo al disfrute de las vacaciones, según los artículos 25 y 28 del Decreto 1045 de 1978; se pagara sobre una doceava (1/12) parte.

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 15 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.

asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978; c. Los gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios y la de vacaciones; g. La bonificación por servicios prestados.

¹⁷ ARTICULO 58. LA PRIMA DE SERVICIO. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre. ARTICULO 59. DE LA BASE PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE SERVICIO. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación: a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo. b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto. c) Los gastos de representación. d) Los auxilios de alimentación y de transporte. e) La bonificación por servicios prestados.

¹⁸ ARTICULO 24. DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas. De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior. ARTICULO 25. DE LA CUANTIA DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio. ARTICULO 26. DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIO. Para efectos del cómputo de tiempo de servicio para el reconocimiento de la prima de vacaciones, se aplicará la regla establecida en el artículo 10 de este decreto. ARTICULO 27. DE LOS DESCUENTOS A FAVOR DE PROSOCIAL. ARTICULO 28. DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones se pagará dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del descanso remunerado. ARTICULO 29. DE LA COMPENSACION EN DINERO DE LA PRIMA VACACIONAL. La prima de vacaciones

Se niega lo solicitado en la pretensión segunda del escrito de demanda, relacionado con el reintegro de los valores descontados por aportes en la salud en las mesadas ordinarias canceladas en el primer pago, al estimar el Despacho que estos descuentos resultan procedentes a la luz de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

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 entre el **27 de agosto de 2010 y el 26 de agosto de 2011**, incluyendo como factores salariales, además del sueldo y la prima de vacaciones, **el auxilio de movilización, 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 pensional¹⁹.

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 de la actora desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado²⁰, 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 de la 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 actor²¹, 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

¹⁹ 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.

²⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO

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.

A este respecto, a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la **Resolución No. 2600 del 25 de mayo de 2012**, efectiva a partir del 27 de agosto de 2011, la solicitud de reajuste pensional se elevó el **25 de mayo de 2015** y la solicitud de reintegro y suspensión de las mesadas adicionales de diciembre, **el 11 de marzo de 2015**, es decir, habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud en las mesadas adicionales.

Así las cosas, y atendiendo a que con la radicación de la petición elevada a la entidad demandada se interrumpen los términos prescriptivos, partiremos en el conteo de los términos del 25 de mayo de 2015 ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de diciembre, a partir del día **25 de mayo de 2012**.

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 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 4° 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 Proceso²², 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 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 Estado²³ 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>>”²⁴

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

²² 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.

²³ 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

ésta²⁵. 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. 3793 del 5 de agosto de 2015** que negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, 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 11 de marzo de 2015, en relación con la suspensión y reintegro de 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 de la señora Yenny Isabel Sánchez Montesdeoca, identificada 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 entre el **27 de agosto de 2010 y el 26 de agosto de 2011**, incluyendo como factores salariales además del sueldo y la prima de vacaciones, **el auxilio de movilización, 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 – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a **RESTITUIR** a favor de la señora Yenny Isabel Sánchez Montesdeoca, identificada con la cédula de ciudadanía 19.336.144 de Bogotá, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, a partir del **25 de mayo de 2012**, 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

²⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) “(…)”

parte motiva de esta sentencia y declarar prescrito el pago de los descuentos anteriores a esta fecha.

SEXTO.- SE NIEGA el reintegro de los descuentos en salud realizados a la primera mesada ordinaria por las razones arriba expuestas.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- 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.

NOVENO.- 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.

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

UNDÉCIMO.- 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.

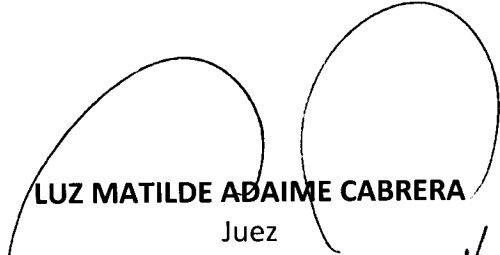
Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA

La Juez indaga a las partes intervinientes si contra la sentencia interponen recurso de apelación.

El apoderado de la parte demandante: Manifiesta **sin recursos**.

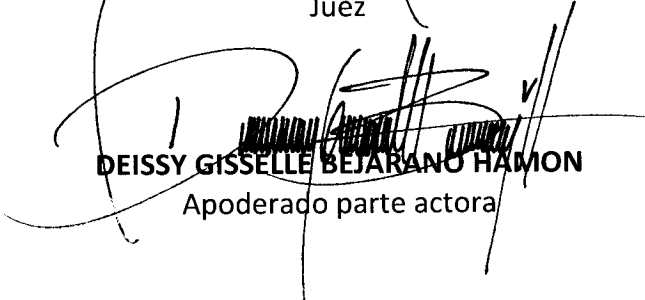
El apoderado de la entidad demandada: Manifiesta interponer recurso de **apelación** que **sustentará** dentro del término legal.

FIRMAS,



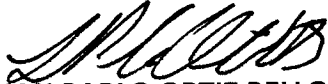
LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez



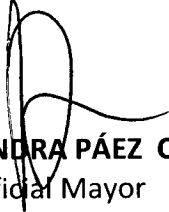
DEISSY GISELLE BEJARANO HAMON

Apoderado parte actora



JUAN PABLO ORTIZ BELLOFATTO

Apoderado Ministerio de Educación



YUDI ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO

Oficial Mayor

