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

Bogotá D. C. 12 DIC. 2017

Sentencia No.: 95
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2015-00886-00
Demandante: Blanca Marina Díaz Rodríguez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales
Tema: Reliquidación pensional

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación escuchados los alegatos de las partes, procede el despacho a consignar por escrito **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora Blanca Marina Díaz Rodríguez actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 16 de septiembre de 2013 (f. 49), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

A.- PRETENSIONES

1. Se declaren nulas las **Resoluciones 000914 del 19 de febrero de 2002, 001221 del 22 de marzo de 2002, 03429 del 5 de octubre de 2009, 2173 del 3 de mayo de 2012** por medio de las cuales se niega a la demandante la reliquidación pensional **y el oficio 1010403**, que negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.
2. Como consecuencia de las nulidades se ordene al Ministerio de Educación Nacional, dictar un nuevo acto administrativo por medio del cual se ordene la reliquidación pensional a la demandante tomando en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de prestación de servicios.
3. Que como consecuencia de la nulidad del oficio 1010403 sin fecha, se ordene a la Fiduciaria la Previsora la suspensión y el reintegro de los valores efectuados en exceso para salud den las mesadas adicionales de junio y diciembre.
4. Que se obligue a las demandadas a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en los artículos 187, 189 y 195 de la Ley 1437 de 2011 igualmente reconozca los intereses de que trata el artículo 177 *ejusdem*.
5. Se condene a las entidades demandadas al pago de la indexación de los valores adeudados.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

B.- NORMAS VIOLADAS

la parte demandante invocó entre otras, algunos artículos de la Constitución Política, la Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 4 de 1992 y los Decretos 2227 de 1979, 2563 de 1990, 1743 de 1996, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

C.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora consideró que el acto administrativo atacado incurrió en violación legal, pues el régimen prestacional que goza la demandante es el contemplado en la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2767 de 1945 y al haber cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicios, debió ser reconocida una pensión vitalicia de jubilación con inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante su último año de servicios.

Consideró vulnerados preceptos constitucionales en tanto era responsabilidad del Estado, a través de sus servidores públicos, aplicar la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la accionante, por lo que con su omisión se vulneraron derechos fundamentales como la igualdad, el mínimo vital y la garantía de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

D.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez vencido el término de traslado de la demanda, las entidades demandadas guardaron silencio.

E.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término de para alegar de conclusión mediante providencia de fecha 30 de junio de 2017, las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

A.- PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad corresponde determinar si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante, en su calidad de docente nacional, todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su **retiro del servicio,** y si hay lugar a ordenar la **devolución y suspensión** de los descuentos que por concepto de salud se vienen realizando en las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

B.- HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Mediante Resolución No. 00914 del 19 de febrero de 2002 se reconoció pensión de jubilación a la demandante por haber adquirido el status de pensionada (ff. 5 - 6).

2. Contra el citado acto administrativo, la accionante interpuso recurso de reposición el 6 de marzo de 2002 (ff. 40), mismo que fue desatado desfavorablemente mediante Resolución No. 1221 del 22 de marzo de 2002 (ff. 7 – 9).

3. Mediante Resolución No. RDP 010594 del 4 de octubre de 2012, la UGPP niega la reliquidación de pensión de jubilación al actor (ff. 23 – 25).

4. Contra el citado acto administrativo, el accionante interpuso recurso de apelación el 6 de noviembre de 2012 (ff. 26 - 31) recurso que fue desatado mediante Resolución No. RDP 20562 del 20 de diciembre de 2012 expedida por la UGPP que confirmó la Resolución 10594 (ff. 33 - 38).

D.- ANÁLISIS DEL DESPACHO

1. Régimen prestacional aplicable a los docentes

El artículo 1 del acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005 señala en el parágrafo transitorio que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta y, de otra parte, los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

La Ley 812 de 2003[1] "***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 1989[3], 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.

---

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 1° 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 vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional (...)".* Resaltado fuera de texto.

Para efectos pensionales estableció que para los 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 cumplan los requisitos de Ley, se les 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[4].

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.

Por su parte, con 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"*.

Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteró que a los docentes territoriales le son aplicables las normas vigentes para la respectiva **entidad territorial**[5].

Ahora bien, en materia de pensiones del sector público, la Ley 33 de 1985[6] 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 1968[7], que hasta entonces solo regulaba los servicios prestados a las entidades nacionales.

---

[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] Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" sentencia del 23 de febrero de 2006 en la que sostuvo: "La Ley 60 de 1993, dispone que *"El régimen prestacional aplicable a LOS 'ACTUALES' DOCENTES NACIONALES O NACIONALIZADOS que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones" será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones._**De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.//** De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen "ordinario", como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional "ordinaria" pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93"*.

[6] **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"*.**

[7] **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"***

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.

Sobre este punto de los factores salariales que se deben tener en cuenta para el IBL, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010,[8] unificó su posición jurisprudencial.

El problema jurídico que se propuso, 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 anterior[9], 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 los factores que se deben tener en cuenta en el IBL.

Debe decirse que el Consejo de Estado en una nueva Sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016[10], reiteró su posición frente al tema.

Ahora bien, aun cuando no se desconoce la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema pensional prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005, considera este Despacho que tampoco se puede constituir como fin último del Estado ni justificar limitaciones a los derechos constitucionales; en especial, si este principio se puede armonizar con los derechos a la seguridad social ordenando los descuentos que por dicho concepto haya lugar, como se verá más adelante.

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 al retiro del servicio.

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

---

[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).

[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] Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Radicado interno 4683-2013.

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, 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 pensional[11].

Siendo así, 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 2002[12], 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 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 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

---

[11] 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 8° 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"[11] (negrilla fuera de texto).*

[12] 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 mesadas adicionales.****" (Negrilla fuera de texto).*

fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.

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)[13].

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 diciembre[14].

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

Se encuentra probado que mediante **Resolución No. 000914 del 19 de febrero de 2002** (ff. 5 y 6), proferida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida a la demandante pensión vitalicia de jubilación, en su condición de **docente Nacional**. En el acto de reconocimiento, se contempló el **6 de diciembre de 2001**, como la fecha de causación del status de jubilada, al cumplir con los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicios.

La demandante presentó recurso de reposición contra la anterior decisión que fue confirmada a través de la Resolución 001221 del 22 de marzo de 2002 (ff. 7 a 9) y elevó derecho de petición el 1º de abril de 2009 (de acuerdo con lo obrante a folio 11) solicitando la revisión de la pensión debido a que no se tuvo en cuenta el aumento de sueldo decretado para el año 2001, ni todos los factores salariales, la cual fue resuelta mediante la **Resolución 3429 del 5 de octubre de 2009**, ajustando la pensión teniendo en cuenta el aumento de salarios decretado para el año 2001 (ff. 11 a 13).

Posteriormente, el 26 de abril de 2011 la demandante presentó nueva petición de reliquidación teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados al retiro del servicio, que fue negada por **Resolución 2173 del 3 de mayo de 2012** (ff. 14 y 15).

Ahora bien, teniendo como hecho probado que la demandante tiene la condición de **DOCENTE NACIONAL**, vinculada el 4 de mayo de 1976 (f. 4) este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas la actora tiene derecho a que se le aplique el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, esto es las Leyes 33 y 62 de 1985.

Factores que integran el ingreso base de liquidación de la demandante

---

[13] Consejo de Estado, la Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005.
[14] 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

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folios 148 y 149 del expediente, el año anterior al retiro del servicio corresponde al período comprendido entre el **1° de enero y 31 de diciembre de 2008**. Al respecto, este Despacho observa que en la certificación mencionada figuran los factores devengados por la actora en este periodo así:

Sueldo (Reconocido)
Prima de alimentación (Reconocida)
Prima especial
Prima de vacaciones (reconocida)
Prima de navidad.

Así las cosas, por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados, y la normatividad aplicable, se concluye que estos no se ajustan 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.

Respecto a los descuentos efectuados para salud en las mesadas adicionales año tras año desde que se le reconoció pensión a la demandante, se observa a folios 26 a 39 del plenario comprobantes de pago de mesada en las que se evidencian los descuentos realizados sobre las mesadas adicionales.

Así las cosas, como quiera que la demandante recibe la mesada adicional en el mes de junio en virtud de la ley 91 de 1989 y en el mes de diciembre, en el caso concreto se evidencia que los descuentos en salud efectuados no se ajustan a la normatividad aplicable al caso, razón por la que se procederá a declarar la nulidad del oficio N. 20150160554001 de 08 de julio de 2015.

Restablecimiento del Derecho

Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por la accionante a través del acto administrativo demandado, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **1 de enero a 31 de diciembre de 2008**, incluyendo como factores salariales, además del sueldo, la prima de alimentación 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 pensional[15].

[15] 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.

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 Estado[16], 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 actor[17], 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.

Respecto a los descuentos efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre para salud, se deberán reintegrar los valores descontados y suspender dicho descuento.

Prescripción: De conformidad con la solicitud de reliquidación pensional y la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos en salud realizados a las mesadas adicionales de junio y diciembre, en el caso concreto 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 la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el año inmediatamente anterior a s retiro del servicio el 26 de abril de 2011 tal y como se afirma en la Resolución No. 2173 de mayo de 2012 (f. 14) y teniendo en cuenta que la demanda solo fue radicada solo hasta el 30 de noviembre de 2015, se evidencia que operó en el presente caso el fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, la solicitud de reintegro y suspensión de los descuentos en salud realizados a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año fue presentada el 22 de abril de 2013 y, teniendo en cuenta que la accionante se retiró del servicio el 31 de diciembre de 2008, igualmente operó el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la mesada pensional de la accianate **a partir del día 31 de diciembre de 2008 y su pago a partir del 30 de noviembre de 2012;**

---

[16] 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.

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

operando la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha y, en cuento al reintegro y suspensión de descuentos en salud de las mesadas adicionales, se ordenará su devolución a partir del 22 de abril de 2010, y así se consignará en la parte resolutiva de esta providencia.

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 Proceso[18], 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 Estado[19] 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>> [20]"*

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 ésta[21]. 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.

---

[18] 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.

[19] 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.

[20] 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.

[21] 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".*

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 las **Resoluciones 000914 del 19 de febrero de 2002, 001221 del 22 de marzo de 2002, 03429 del 5 de octubre de 2009, 2173 del 3 de mayo de 2012** por medio de las cuales se niega a la demandante la reliquidación pensional a la señora BLANCA MARINA DÍAZ RODRÍGUEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- 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 BLANCA MARINA DÍAZ RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 41.389.801, en cuantía del 75% de lo percibido durante el año anterior Al retiro del servicio, esto es entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2008, incluyendo como factores salariales además del sueldo, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, **la prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad,** desde el 31 de diciembre de 2008, fecha en que se retiró del servicio.

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 la demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- DECLARAR LA NULIDAD del oficio 1010403 sin fecha, por medio del cual negó la suspensión y reintegro de los descuentos adicionales en la pensión de jubilación de la actora, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

QUINTO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a suspender los descuentos por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre pagadas a la señora BLANCA MARINA DÍAZ RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 41.389.801, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUPREVISORA, a reintegrar a la señora BLANCA MARINA DÍAZ RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 41.389.801,

las sumas de dinero descontadas por concepto de aportes por salud respecto de la mesadas adicionales de junio y diciembre desde cuando se viene causando esta deducción, junto con los ajustes de valor de conformidad con la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia,

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.

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

DECIMO PRIMERO.- 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

MM