



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

19 DIC. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00374

Demandante: MARÍA GILMA CÁRDENAS ALMONACID

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAICONAL-FOMAG

Tema: Reliquidación pensión docente

Sentencia: 179.

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 11 de diciembre de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA GILMA CÁRDENAS ALMONACID actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 9 de noviembre de 2017 (f.34), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

- 1.- Solicita se declare la nulidad parcial de la **Resolución 6791 de 14 de septiembre de 2017**, proferida por la Secretaría de Educación-Fomag, mediante la cual ajusta la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo además del sueldo, horas extras, prima de vacaciones, la Bonificación Decreto, sin incluir los demás factores devengados en el último año de servicios y se suspenda el descuento para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y, se reintegre el valor ya descontado.
- 2.- Como consecuencia de lo anterior condenar a la demandada a que revise y ajuste la pensión jubilación **incluyendo todos los factores** devengados en el último año de servicio y **el reintegro de los valores descontados en exceso** para salud en las mesadas adicionales desde que se causó la mesada pensional hasta el momento de la sentencia, así como **suspender los descuentos** por Seguridad Social sobre la mesada pensional adicional de diciembre que se cause a partir de la sentencia.
- 3.- Condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante el valor de los reajustes que se causen por los conceptos ya referidos, desde el momento en que se reconoció la pensión, descontando lo que ya se haya cancelado.
- 4.- Condenar a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudado por concepto de reliquidación de pensión, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo, conforme lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.
- 5.-Que se condene en costas a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN: La demandante invocó los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, la Ley 57 y 153 de 1887, Ley 33 y 62 de 1985, ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003, Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. Considera que las normas fueron transgredidas al negar la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores, teniendo en cuenta que la accionante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de jubilación regida por régimen especial, en cuantía equivalente al 75% del salario mensual devengado en el último año de servicio por cual se le debió aplicar el régimen prestacional anterior que es el establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la demandante al magisterio.

En cuanto a los factores salariales indicó que deben tenerse en cuenta que con Sentencia del 4 de agosto de 2010, el H Consejo de Estado, con pronunciamiento unificado, dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios anterior al retiro del servicio.

En cuanto a los **descuentos en las mesadas adicionales**, indicó que con dichos descuentos se evidencia ostensible trasgresión en lo establecido en el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 y a la Ley 812 de 2003 que derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 y 797 de 2003. (FL.22 a 30)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Vencido el término otorgado a la accionada, guardó silencio.

AUDIENCIA INICIAL

El 11 de diciembre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión ratificándose en los argumentos de hecho y de derecho según quedo consignado en el audio y acta de la diligencia (f.49-51).

SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta terminar las consideraciones se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

II. CONSIDERACIONES

1.- Tesis del demandante

Consideró que su pensión debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el último año de servicios en los términos de la ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición docente y conforme con la posición unificada del 4 de agosto de 2010 por parte del H Consejo de Estado.

En cuanto a los descuentos en las mesadas adicionales, argumenta que dichos descuentos van en contravía al Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 y a la Ley 812 de 2003 que derogó tácitamente dicho descuento al remitir la cotización a las Leyes 100 y 797 de 2003.

2.- Tesis del demandado

Vencido el término la accionada guardó silencio y no contestó la demanda.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional por ser beneficiaria del régimen de transición docentes establecido en la ley 812 de 2003.

HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- Mediante Resolución 4385 de 8 de julio de 2016, se reliquidó la pensión de jubilación de la demandante reconocida mediante la Resolución 04327 de 8 de septiembre de 2010, liquidándola en un 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, incluyendo los factores salariales de sueldo, horas extras y prima de vacaciones (Fl. 3-6).

- Mediante solicitud ante la Secretaría de Educación y el Fomag de fecha 29 de marzo de 2011, la demandante solicitó la reliquidación de pensión para que se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados en el

Demandante: María Gilma Cárdenas Almonacid

último año de servicio y la suspensión y el reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales (Fl.5-7).

- Mediante Resolución 6791 de 14 de septiembre de 2017, se accedió parcialmente a la anterior solicitud, ordenando reliquidar la pensión de jubilación incluyendo además del Sueldo, Horas Extras, Prima de Vacaciones, la Bonificación Decreto (Fl. 8-9)

- Mediante petición de 23 de febrero de 2017 ante la Fiduprevisora con radicado **20170320453812**, la demandante solicitó extracto o constancia de los pagos y descuentos que se haya realizado a la mesada pensional desde su reconocimiento (Fl. 16)

- Mediante Oficio de fecha 27 de febrero de 2017 con Radicado 2017-0930257311 de la Fiduprevisora S.A, se dio respuesta a la anterior petición. (F.12-14)

- Se encuentra certificado los factores salariales devengados por la demandante en los años 2015-2016 (Fl 15.)

- Se encuentra certificado el tiempo de servicios de la demandante mediante el Formato único para expedición de certificado de historia laboral (Fl 16-18)

- Se encuentra acreditado que la señora María Gilma Cárdenas Almonacid nació el 6 de octubre de 1950 (Fl. 19)

Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Parágrafo transitorio 1º. 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. 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 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenece al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

Recuerda el despacho que 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. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

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.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila¹, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º

¹ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés, en la cual estableció en la segunda (2a) subregla lo relacionado con los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados de la transición así:

[...]92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente **regla jurisprudencial**: “**El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989 . Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone: “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: [...] 2. Pensiones: [...] B. 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 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 [...]”.

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala: “ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen

Demandante: María Gilma Cárdenas Almonacid

prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...].

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15). Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer: "[...] Parágrafo transitorio 1°. 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. 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". Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003). [...]

Así las cosas, el Consejo de Estado señaló de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag.

Cuestión diferente respecto a la segunda subregla que indica que en la liquidación de la mesada pensional del régimen de la Ley 33 de 1985 se deben incluir únicamente aquellos los factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Esta subregla, el Consejo de Estado al igual que la Corte Constitucional se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla así:

"[...] El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

Señaló el Consejo de Estado que la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el

empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. 103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. [...]”.

Frente a este punto, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sido pacífica en determinar que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tienen la posibilidad de que se les aplique el régimen anterior en lo referente a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, el cual se refiere a la tasa de remplazo. El IBL debe corresponder a lo previsto en la legislación vigente, esto es, el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio.

En cuanto a la aplicación de dicha regla a los docentes quienes gozan de un régimen especial, en sentencia T-328/18, con ponencia de la doctora Cristina Pardo Schlesinger, estimó lo siguiente:

“El artículo 81 de la Ley 812 de 2003² señaló que las personas vinculadas al servicio público educativo de manera posterior a la entrada en vigencia de la mencionada ley, se encuentra cubiertas por el régimen pensional de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003. Por otra parte, aquellos docentes que se vincularon al servicio antes de la misma, se encuentran amparados por el régimen anterior a la Ley 812 de 2003, lo cual fue ratificado por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005:

“[...] Parágrafo transitorio 1º. 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. 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 [...]”.

De tal manera que si la vinculación del docente se llevó a cabo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) el régimen pensional que lo cobija es el señalado en la Ley 91 de 1989. No obstante, se ha indicado³ que el régimen de estos funcionarios corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, de tal manera que la reliquidación pensional se encuentra regulada en las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1978.

² “Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. [...]”

³ Entre otras, por sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

De acuerdo con lo anterior, frente a la sentencia acusada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, esta Sala concluye que no incurrió en el defecto alegado por cuanto:

(i) Indicó que para el cómputo de la pensión de la señora Fanny Acosta sólo se pueden tener en cuenta los factores salariales que hayan servido como base para la realización de aportes al sistema de seguridad en pensiones fundamentándose en que a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, como es el caso de la accionante, se les aplica de manera simultánea la Ley 91 de 1989 por criterios de especialidad y la Ley 33 de 1985 la cual es la vigente para los servidores del sector público nacional, en la que se indica que las pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴.

(ii) Señaló que de acuerdo con la Ley 33 de 1985 (modificada por la Ley 62 de 1985) todos los empleados oficiales deben pagar los aportes que indique la Caja de Previsión a la cual esté afiliada la entidad a la que se encuentran adscritos y enlistó los factores por los que estaría conformada la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración⁵.

(iii) Argumentó que el Consejo de Estado ha entendido que en lo que tiene que ver con los factores salariales para el cómputo de la pensión, aplica el criterio según el cual la lista de factores especificada en la Ley 33 de 1985 no era taxativa sino meramente enunciativa, lo que permitía que se incluyeran todos los emolumentos recibidos por el docente aunque no se hubiesen hecho aportes a pensión sobre ellos.

(iv) No obstante, indicó que se apartaba de dicha línea y se acogía a lo manifestado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 (reiteradas recientemente en la SU-395 de 2017) frente a que la liquidación de pensiones de regimenes especiales no puede incluir todos los factores salariales sino solo los que sirvieron de base para efectuar los aportes al sistema pensional⁶. Lo anterior además, en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005 que introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que señala que “[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Así las cosas, el Tribunal al encontrar que la señora Fanny Acosta no cumplió *“con el imperativo o la obligación de cotizar al sistema los parafiscales sobre la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, que reclama sean incluidos como factores de liquidación”*, sus pretensiones no prosperaron.

En esa medida, esta Sala concluye que la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral, se encuentra ajustada a derecho al negar las solicitudes de la accionante fundamentándose en los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 y encontrando que sobre ellos no se efectuaron los aportes al sistema de seguridad social en los términos de las mencionadas normas, el Acto Legislativo 01 de 2005 y de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 exponiendo las razones suficientemente sustentadas para apartarse del precedente sentado por el Consejo de Estado y acogerse a lo señalado por la Corte Constitucional, lo cual considera, es de obligatorio cumplimiento, señalando que *“dada la norma especial (ley 91 de 1989) no será aplicable el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios tal como se expresa la sentencia SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, sino será procedente el cálculo de la mesada pensional con base en los factores salariales sobre los cuales se cotizó en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, por criterios de especialidad de la norma”*.

⁴ Folio 65, cuaderno 1 del expediente T-6.631.024.

⁵ Folio 66, cuaderno 1 del expediente T-6.631.024.

⁶ Folios 62 al 64, cuaderno 1 del expediente T-6.631.024.

Por lo anterior, habrá de ser revocada la decisión de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en única instancia y se negará la solicitud de amparo propuesta por la señora Fanny Acosta Santacruz por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral se encuentra ajustada a derecho.”

Este Despacho acogiendo el criterio establecido por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consonancia con la interpretación dada por la H. Corte Constitucional considera que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Caso concreto

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 04327 de 8 de septiembre de 210**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente de vinculación Distrital por los 20 años o más de servicios, efectiva a partir del 13 de noviembre de 2008. Posteriormente, mediante la Resolución 4385 de 8 de julio de 2016, se reliquidó la pensión de jubilación con un promedio del 75% del promedio de los salarios devengados en último año de servicios teniendo en cuenta como factores la **sueldo, horas extras y prima de vacaciones** efectiva a partir del 2 de febrero de 2016 (Fl. 4).

Se encuentra acreditado que mediante petición el 29 de marzo de 2017 (Fl. 5-7) solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación a efectos de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos el año anterior al retiro del servicio y la devolución de los descuentos realizados en las mesadas adicionales de diciembre, siendo resuelta mediante **Resolución No. 6791 de 14 de septiembre de 2017** (Fl. 8-9), disponiendo ajustar la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo además de los factores ya reconocidos, la Bonificación Decreto .

En el sub lite está demostrado que la accionante se vinculó como docente en propiedad desde 8 de febrero de 1993, tal como se prueba a folio 18 del plenario, es decir antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, siendo retirada del servicio a partir del 2 de febrero de febrero de 2016 por Resolución 13256 del 9 de diciembre de 2015 (fl. 18)

Con la certificación obrante a folio 15, el año **último año de servicios** corresponde al período comprendido entre el **1 de febrero de 2015 al 2 de febrero de 2016** figuran como factores devengados el Sueldo, la Prima Especial, la Prima de Servicio, la Prima de Navidad y, como factores sobre los cuales se cotizó al sistema pensional **el Sueldo, la Prima de Vacaciones y Bonificación Decreto los cuales fueron reconocidos por la entidad demandada, a excepción de las Horas Extras, sobre el cual no se encuentra prueba en el plenario de haberse devengado por la demandante, pero este fue incluido en la liquidación de la pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.**

De acuerdo con la jurisprudencia citada de 28 de agosto de 2018, la demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión, toda vez que los factores que le fueron tenidos en cuenta en la **Resolución 6791 de 14 de septiembre de 2017** son aquellos sobre los cuales cotizó al sistema, como lo el sueldo, la prima de vacaciones y la Bonificación Decreto, y otro sobre el cual no se encuentra prueba dentro el expediente que la demandante lo haya devengado en el último año de prestación de servicios como eso las horas extras, pero que fueron incluidos en la liquidación, por ende se negarán las pretensiones de la demanda.

No debe perderse de vista que el fallo tantas veces mencionado le otorgó **efecto retrospectivo** al mismo, puesto que dispuso que *“las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias”*.

Puesta de este modo las cosas, resulta innegable que la señora María Gilma Cárdenas Almonacid no tiene derecho a la reliquidación en los términos solicitados en la demanda, puesto que los factores sobre los cuales cotizó al sistema se encuentra incluidos en la pensión reconocida y en atención al principio de favorabilidad no podría el despacho pronunciarse frente a las horas extras frente al cual no se encuentra constancia de haberse devengado en el último año de servicios.

Procedencia de los descuentos en salud en las mesadas adicionales

Consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Y, adicionalmente por contener las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 disposiciones que no concilian con los descuentos de las mesadas adicionales como es el caso del decreto 1073 de 2002 el cual fue estudiado por el Consejo de Estado y declarado nulo el aparte relacionado con la prohibición de los descuentos de la mesada del mes de junio, esto es, la señalada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993.

En consecuencia, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FIDUPREVISORA S.A. suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales de **diciembre** de la señora Aida Yolanda Ariza Moreno por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción

En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.” (Subrayas fuera del texto original).

Por tanto, se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la señora María Gilma Cárdenas Almonacid, le fue reconocida la pensión el día **8 de septiembre de 2010** efectiva a partir del **13 de noviembre de 2008** según Resolución 04327 de 2010 y, elevó petición el **29 de marzo de 2017** 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 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 **29 de marzo de 2017** ordenando el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **diciembre** a partir del 29 de marzo de 2015 por prescripción trienal.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago⁷.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

Costas: Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁸, 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)

El Consejo de Estado⁹ 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”>>”¹⁰

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en razón a que no se han probado en esta instancia las agencias en derecho.

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,

⁷Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 13 de julio de 2006. radicado interno No. 5116-05.

⁸ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 6791 de 14 de septiembre de 2017 de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR al Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio-** la **suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de **diciembre** de la señora Aida Yolanda Ariza Moreno así como **el reintegro de tales aportes** a partir del 29 de marzo de 2015.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R= RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago¹¹.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

TERCERO.- 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.

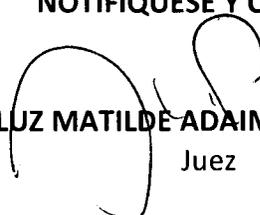
CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con una copia de la sentencia 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 del fallo 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.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez

JAG

¹¹Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 13 de julio de 2006. radicado interno No. 5116-05.

