



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio de Despachos Judiciales CAN, Piso 4°
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 13 de junio de 2018, hora: 3:00 p.m.

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2017-00181-00
Demandante: DORA INÉS FONSECA ARIAS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Tema: Reliquidación pensión de docente al status – Leyes 33 y 62 de 1985
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2° y 4°, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

1.1. Parte demandante: Abogada JHENNIFER FORERO ALONSO identificada con C.C No. 1.032.363.499 y T.P No. 230581 del C. S. de la J, quien funge como apoderada de la parte demandante a quien se le reconoció personería adjetiva a folio 85 del expediente.

1.2. Parte demandada – Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag y – Fiduciaria la Previsora S.A.: Apoderada abogado LINDA SORAYA VELASCO LOZANO, identificado con C.C No. 52706787 y T.P No. 259212 del C. S. de la J., reconocido a folio 62 del expediente.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5°, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

En este estado de la diligencia se advierte que a través de auto de fecha 16 de agosto de 2017, el Despacho aceptó el desistimiento de la pretensión de la demanda encaminada a obtener la suspensión y devolución de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de julio y diciembre, y en consecuencia se admitió la demanda únicamente respecto de la pretensión de la reliquidación de la pensión de la accionante con la inclusión de todos los factores salariales; Así las cosas, se deja constancia que el trámite de la presente diligencia estará dirigido a solo a esta pretensión.

El Despacho indagó a las apoderadas de las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

La apoderada de la parte demandante. No encontró vicios que impidan la continuación del proceso.

El apoderado de la entidad demandada. Tampoco encontró vicios que anulen las actuaciones adelantadas por el Despacho.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encuentra vicios que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6º, Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

A pesar de que la entidad demandada fue notificada en debida forma de acuerdo con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 97-104), contestó la demanda de manera extemporánea, razón por la cual el despacho no hará ningún procedimiento; sin embargo, en la sentencia se resolverá las excepciones que de oficio el Juzgado encuentre probadas (artículo 187, Ley 1437 de 2011).

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO – Numeral 7º, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

Hechos en que están de acuerdo las partes

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante, los cuales fueron expedidos por la entidad demandada y adicionalmente no fueron tachados de falsos:

1. La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución N° 3981 del 05 de octubre de 2005, le reconoció a la señora DORA INÉS FONSECA ARIAS pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 29 de enero de 2006. Para liquidarle la pensión a la demandante, la entidad accionada le tuvo en cuenta el 75% del promedio del salario devengado en el año anterior al cumplimiento del status pensional y le incluyó únicamente como factores salariales la asignación básica; le citó como normas aplicables la Ley 6 de 1945, 33 de 1985 y 91 de 1989, la Ley 962 de 2005, Decreto 3752 de 2003, Resolución No. 3080 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, (fotocopia simple reposa a folios 4-7 del expediente).

2. De la citada resolución (fl. 4-7) y de la cédula de ciudadanía (fl. 3), se extrae que la accionante nació el 28 de enero de 1951. Lo anterior significa que cumplió los 55 años de edad el 28 de enero de 2006.

3. La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag a través de la Resolución No. 3423 del 15 de junio de 2016 - *acto demandado*- reliquidó la pensión de jubilación y le tuvo en cuenta los factores de prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad (fotocopia simple reposa a folios 8-11 del expediente).

4. La demandante a través de petición de fecha 28 de septiembre de 2016 bajo el radicado No. 2016-PENS-378269, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional como también el reintegro de los descuentos en salud correspondientes a las mesadas de junio y diciembre, (fotocopia simple reposa a folio 10-11 del expediente).

5. La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag a través de la Resolución No. 2523 del 04 de abril de 2017 – reajustó la pensión de la demandante calculando con el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores de prima de alimentación, prima de habitación, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad, (fotocopia simple reposa a folios 12-15 del expediente).

6. Certificado de salarios de la demandante expedido el 18 de julio de 2016 por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en el que se verifica que durante el año de servicio anterior a la fecha de retiro, además de los factores salariales reconocidos por la entidad en la pensión de jubilación también devengó bonificación Decreto 1566, bonificación Decreto 1272 y prima de servicios 180, (original figura a folio 18-19 del expediente).

7. De la certificación de salarios expedida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C, se evidencia que la demandante se retiró por renuncia el 31 de diciembre de 2015, a través de la Resolución No. 2353 del 4 de abril de 2017, (fotocopia que obra a folio 20 del expediente)

8. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda.

Se les concede el uso de la palabra a las apoderadas de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

La apoderada de la parte demandante. Está de acuerdo con los hechos y pruebas anteriormente relacionadas.

La apoderada de la entidad demandada. También está de acuerdo con los hechos y pruebas expuestos por el Juzgado. Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

El litigio se contrae a determinar si la señora DORA INÉS FONSECA ARIAS en su calidad de docente oficial del Magisterio tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide de manera que corresponda al 75% del salario promedio y todo lo devengado durante el año anterior al retiro del servicio (31 de diciembre de 2015) en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Se les concede el uso de la palabra a las apoderadas de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

La apoderada de la parte demandante. Manifiesta que está de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Despacho.

La apoderada de la entidad demandada. También está de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Juzgado. Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

5. CONCILIACIÓN – Numeral 8º, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

Se le pregunta a la apoderada de la entidad demandada si tiene fórmulas de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

La apoderada de la entidad demandada. No tiene fórmula de arreglo frente a este proceso.

En vista de que no existe ánimo conciliatorio por parte de la entidad demandada, se declara fallido el intento conciliatorio y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente. Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

6. PRUEBAS – Numeral 10º, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

1. Las pedidas por la parte demandante (fl. 30): Se tienen como pruebas las documentales aportadas con la demanda y que obran a folios 3-20 del expediente, las cuales quedaron relacionadas en la etapa de fijación del litigio. Además se observa que solicitó de ordenara a las entidad demandada remitiera el expediente administrativo, la cual no será decretada por cuanto las pruebas que obran en el expediente son suficientes para adoptar una decisión de fondo y adicionalmente el asunto es de puro derecho.

2. la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se observa que la parte demandada contestó la demanda de forma extemporánea.

3. Pruebas de oficio: El Despacho no considera necesario decretar más pruebas de las que obran en el expediente.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN – Inciso final, Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y adicionalmente no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Juez procedió a escuchar los alegatos de conclusión de la parte demandante, antes de dictar la sentencia, quien los presentó así:

Alegatos de conclusión de la parte demandante: ratificó los hechos, pretensiones y argumentos expuestos en la demanda y solicita acceder a las pretensiones de la misma.

Alegatos de conclusión de la entidad demandada: ratificó los hechos, pretensiones y argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita se denieguen las pretensiones de la misma.

8. SENTENCIA – Inciso final, Artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por las apoderadas de las partes, teniendo en cuentas las pruebas y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente,

SENTENCIA N° 080 de 2018

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SECCIÓN SEGUNDA, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora DORA INÉS FONSECA ARIAS en su calidad de docente oficial del Magisterio, solicita a esta Jurisdicción que anule las Resoluciones N° 3423 del 15 de

junio 2016 y la No. 2523 del 04 de abril de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., mediante los cuales le negó la revisión de la pensión de jubilación, sin incluirle la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio.

Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a través de la Secretaría de Educación de Bogotá, a que le reliquide y pague en forma indexada la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio, tales como bonificación Decreto 1566, Bonificación Decreto 1272 y prima de servicios 180; ordenar a las entidades demandadas que den cumplimiento a la sentencia condenatoria dentro del término previsto en los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas a las entidades demandadas (Folio 24-29 del expediente).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las apoderadas de las partes.

3- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante invoca como violadas las siguientes normas constitucionales artículos 2,13,25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 y de rango legal la Ley 57 y 153 de 1887, Ley 33 y 62 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Ley 812 de 2003, Ley 100 de 1993 y el Decreto 1073 de 2002.

Afirma la apoderada que la demandante es beneficiaria de la pensión de jubilación regida por la ley 33 de 1985, en un 75% de la totalidad de lo devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional, sin embargo la entidad accionada aplicó normas procedimentales diferentes que resultan desfavorables y que dieron lugar a la negación de la reliquidación pensional en una suma equivalente al 75% de lo percibido en el último año anterior al retiro del servicio, donde deben considerarse los medios de prueba que la ley señala como válidos y pertinentes; así las cosas, se señala que la demandante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria de la reliquidación de pensión de jubilación regida por un régimen especial.

Las partes demandadas Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se observa que la contestación de la demandada fue extemporánea.

4. Problemas jurídicos a resolver

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si la señora DORA INÉS FONSECA ARIAS tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación de manera que corresponda al 75% del salario promedio y todo lo devengado durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, aplicando las Leyes 33 y 62 de 1985?

Para resolver lo anterior tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

5- LAS NORMAS APLICABLES AL CASO, INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA

5.1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, donde se dispuso que las prestaciones sociales del personal docente serían pagadas con cargo a dicho fondo, a través de las entidades territoriales. Al respecto los artículos 2¹, 4² y 15³ indican que las prestaciones sociales del personal docente están a cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de los correspondientes entes territoriales.

5.2. De otro lado, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su aplicación a los docentes, de la siguiente manera: *“El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares (...) Así mismo, se exceptúan a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con cualquier otra clase de remuneración.”* (Subrayas fuera de texto original).

Sin embargo, la exclusión de los docentes de la Ley 100 de 1993 no significa que en material pensional tengan un *régimen especial*, excepto en lo relacionado con la pensión gracia, por cuanto no hay norma que así lo disponga. De manera que, en cuanto al reconocimiento de la pensión ordinaria, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar las Leyes 33 de 1985⁴, por no tener un régimen especial, como ya se dijo.

El Consejo de Estado ya lo había expresado, cuando indicó que los docentes *“... en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones...”*⁵

Conservando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado⁶ señaló que *“... Es innegable que por disposición del Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, tales servidores gozan de un régimen especial en materia de administración de personal, materia disciplinaria, etc. Tal circunstancia no los coloca en la posibilidad de que para efectos de reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación no se rijan por la Ley 33 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y Ley 6^a de 1945...”* (Énfasis del Despacho)

¹ “Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera (...) a. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)”

² “Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2º, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación”

³ “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 1º 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.”

⁴ Modificada por la Ley 62 de 1985

⁵ Sentencia del 23 de febrero de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, Radicación Número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04).

⁶ Sentencia 20 de septiembre de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P.: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación Número: 73001-23-31-000-2002-01807-01(1067-05).

Conviene precisar que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 solo se aplican a los docentes que se hayan vinculado a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y en esos términos se indicó en el artículo 817.

Del mismo modo lo reiteró el Acto Legislativo No. 1 de 2005 en el párrafo transitorio 1º cuando expuso 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. 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*”.

Advierte el Despacho que a la parte actora no le es aplicable la Ley 812 de 2003, por cuanto se vinculó al servicio docente con anterioridad a la expedición de dicha ley, desde el 28 de abril de 1971 (fl. 5). Esto es así, porque como se indicó la misma Ley 812 de 2003 en el artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley, es el contenido en las disposiciones anteriores.

5.3. Ahora bien, entre las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se promulgó la Ley 91 de 1989 - *el 29 de diciembre de 1989* -, se hallaba la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, que por lo tanto es el régimen legal aplicable a la parte demandante.

Por su lado, la Ley 33 de 1985, es una disposición aplicable a los empleados públicos en cuanto al reconocimiento de la pensión de jubilación, debido a que no excluye a los docentes nacionales o nacionalizados por ser una norma vigente a la promulgación de la Ley 91 de 1989; en este sentido, las prestaciones sociales de docentes nacionales que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 se realizarán con la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta factores salariales, edad y tiempo de servicios.

Es preciso señalar que la Ley 33 de 1985 contenía un régimen de transición para quienes a su vigencia llevaran 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el 13 de febrero de 1985, régimen del que la parte demandante no alcanzó a beneficiarse por no cumplir este requisito, dado que solo ingresó a laborar desde el 28 de abril de 1971, (fl. 5).

Por su parte, la Ley 33 de 1985 dispuso en sus artículos⁸ 1º y 3º el tiempo de servicio, la edad, el porcentaje de la pensión y los factores sobre los cuales se debía cotizar a la respectivas cajas.

Visto lo anterior, se concluye, sin equívocos, que el régimen pensional aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 33 de 1985, en virtud de lo cual su pensión se

⁷ “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.”

⁸ “ARTÍCULO 10. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).” (Subrayas fuera de texto original).

“ARTÍCULO 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

debe reconocer y liquidar con el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que devengó durante el año anterior al retiró del servicio, en este caso, del salario promedio del lapso comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 al 31 de diciembre de 2015.

5.4. En relación con los factores salariales para liquidar la pensión, se tiene entonces que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, (modificado por la Ley 62 del mismo año), indicó que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Ahora, la lista de factores salariales descrita en el inciso 2º, artículo 1º de la mencionada Ley 62 de 1985, no es taxativa, sino simplemente enunciativa.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ cuando expuso que “...para la liquidación de la pensión serán factores los enunciados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y todos aquellos sobre los cuales se haya efectuado aportes con destino a la entidad de previsión. Así mismo, si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad podrá efectuar los respectivos descuentos...” (Subrayado del Despacho).

En este orden de ideas, se tiene que, como la lista de factores salariales descrita en la mencionada ley no es taxativa, sino simplemente enunciativa, la parte demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión vitalicia de jubilación con la *totalidad de los factores* que percibió durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada. Si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad de previsión podrá efectuar los respectivos descuentos¹⁰, conforme a la jurisprudencia y al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, mediante sentencia del 04 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó las tesis antagónicas que tenían las Subsecciones A y B a la hora de resolver sobre la reliquidación de la pensiones al amparo de las Leyes 33 y 62 de 1985¹¹, precisando que se debían incluir todas las sumas que habitual y periódicamente hubiese percibido el titular del derecho pensional en el último año de servicio, sin importar si se hubiere cotizado sobre los mismos o su taxatividad, salvo que estuviese expresamente prohibido por la ley su inclusión como factor salarial. En el mismo sentido lo ha señalado el Consejo de Estado en concepto de 16 de febrero de 2012 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente 2011-0049 (2069).

De otra parte, cabe resaltar que en el presente caso, no resulta aplicable lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015¹², en la que sostuvo que el IBL no constituye un elemento del régimen de transición contenido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que conforme a lo establecido en el artículo 279 *ibídem*, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del sistema integral de seguridad social contenido en dicha ley.

De conformidad con lo anterior, se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos a través de los cuales se denegó la reliquidación pensional y a modo

⁹ Sentencia del 12 de abril de 2007, del Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Número: 25000-23-25-000-2005-06142-02

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Expediente 25000232500020060750901 Número interno 0112 2009, Sala Plena del Consejo de Estado, C.P. Víctor Alvarado, Actor Luis Mario Velandia. Al decidir el recurso de apelación dentro de la acción de nulidad y restablecimiento de la referencia unificó las distintas tesis que tenían las Subsecciones A y B a la hora de resolver sobre la reliquidación de la pensiones. Ratificada por la Sección Segunda de dicha Corporación en sentencia del 25 de febrero de 2016 dictada con criterio de unificación dentro del proceso No. 25000234200020130154101.

¹² Corte Constitucional. SU 230/15. Referencia: Expediente T- 3.558.256. Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985 y jurisprudencia del Consejo de Estado citada, es decir, debe corresponder al setenta y cinco por ciento (75 %) del salario promedio devengado durante el año anterior a la fecha del retiro del servicio, incluyendo en la base de liquidación, no solo los factores ya reconocidos tales como prima de alimentación, prima de habitación, bonificación Decreto, prima de vacaciones y prima de navidad, sino también la bonificación Decreto 1566, bonificación Decreto 1272 de 2015 y prima de servicios 180, devengados durante el año durante el año anterior a la fecha de retiro del servicio, comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 al 31 de diciembre de 2015, de acuerdo con el certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., (fl. 18-20).

El Despacho señala que la bonificación a la que hace alusión el inciso segundo del artículo 1 Decreto 1566 de 2014¹³ y el artículo 1 del Decreto 1272 de 2015¹⁴, constituyen factor salarial.

Así, la reliquidación debe efectuarse a partir del 31 de diciembre de 2015 (fecha en la cual fue retirada del servicio reconocida así en la Resolución N° 2353 del 29 de diciembre de 2015, fls. 12-15), pero sin prescripción, en consideración a que entre el retiro del servicio (31 de diciembre de 2015, fls. 12-15) y la presentación de la demanda (30 de mayo de 2015 fl. 34) no han transcurrieron más de tres años.

Si existieran factores sobre los cuales no se aportó para seguridad social, la entidad demandada podrá efectuar los respectivos descuentos¹⁵, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 y el literal b, del artículo 2 de la Ley 4 de 1966, pero con efectos fiscales o descuentos a partir del 30 de noviembre de 2010 al 30 de noviembre de 2015, toda vez que la accionante se retiró del servicio a partir del 31 de noviembre de 2015.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los referidos aportes constituyen una obligación parafiscal¹⁶, lo que significa que para su cobro debe aplicarse el artículo 817 del Estatuto Tributario¹⁷ modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014, que establece que el término de prescripción de la acción de cobro será de 5 años a partir de la fecha en que se hicieran exigibles.

¹³ La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

¹⁴ La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes

¹⁵ Sentencia del 12 de abril de 2007, del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2005-06142-02.

¹⁶ "3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global, bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)". (Resaltado fuera de texto). C-895-2009.

¹⁷ ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de (...). La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea. 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores. 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, desvirtuando así la presunción de legalidad que amparaba los actos demandados.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reajuste de la pensión de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = R h X \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

6. Costas y agencias en derecho

En relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se registrarán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencida fue la entidad demandada quien estuvo debidamente representada.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por la Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la sentencia del 7 de abril de 2016, proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la entidad demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$ 92.779 pesos que deben ser liquidadas por Secretaría.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones N° 3423 del 15 de junio de 2017, y la Resolución No. 2523 del 04 de abril de 2017 por medio de las cuales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá, negó la reliquidación pensional de la parte demandante con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año anterior al status pensional, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., a reliquidar y pagar en forma indexada la pensión de jubilación de la señora DORA INÉS FONSECA ARIAS, identificada con la C.C. N° 41.509.938, de la siguiente manera: (i) que corresponda al 75% del promedio del sueldo y todo lo devengado durante el año anterior a la fecha efectiva del servicio (comprendido entre el 31 diciembre de 2014 al 30 de diciembre de 2015), conforme a la Leyes 33 y 62 de 1985 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, incluyendo en la base de liquidación, no solo los factores salariales de asignación básica, prima de alimentación, prima de habitación, bonificación decreto, prima de vacaciones, prima de navidad, sino también los de bonificación Decreto 1566 de 2014, Bonificación Decreto 1272 y prima de servicios 180 según lo probado y teniendo en cuenta la fecha del retiro efectivo del servicio (31 diciembre de 2015), sin prescripción, reajustando en adelante la pensión y sin perjuicio de los reajuste anuales de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, (ii) si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad de previsión podrá efectuar los respectivos descuentos conforme al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 y el literal b, del artículo 2 de la Ley 4° de 1966 y, (iii) la Entidad demandada podrá descontar los valores legales correspondientes a los aportes no efectuados para pensión (bonificación Decreto 1566 de 2014, Bonificación Decreto 1272 y prima de servicios 180), por los cinco años anteriores al retiro del servicio, comprendido del 31 de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2015, por prescripción extintiva y las sumas que resulten de la deducción legal señalada deben ser actualizadas con el fin de que no pierdan su valor adquisitivo, de conformidad con el art. 817 del Estatuto Tributario.

TERCERO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la pensión de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula que quedó consignada en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la entidad demandada correspondientes en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de noventa y dos mil setecientos sesenta y nueve pesos (\$92.779), por Secretaría líquidese.

QUINTO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SEXTO: 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 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de

ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de lo que consignó para los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CATALINA DÍAZ VARGAS
JJEZ

Esta sentencia que eó notificada en estrado a las partes, así no hayan comparecido a la audiencia, de conformidad con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a los apoderados de las partes si va a apelar la sentencia.

La apoderada de la parte demandante. Manifiesta que no interpone recurso, además manifiesta que desisten de la condena en costas, en ese sentido el numeral 4º de la parte resolutive quedará así:

CUARTO: NO CONDENAR en ccstas y agencias en derecho a la entidad demandada.

La apoderada de la entidad demandada. Manifiesta que interpone recurso de apelación el cual sustentará posteriormente y por escrito dentro del término de diez días siguientes.

La Juez. Con fundamento en la anterior solicitud el expediente deberá permanecer en la Secretaría por el término de 10 días siguientes a la presente audiencia, para los efectos de lo dispuesto por el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

Se deja constancia que la presente sentencia no fue apelada por las apoderadas de las partes.

CONTROL DE LEGALIDAD DEL ARTÍCULO 207 LEY 1437/2011

Se indaga a los apoderados de las partes para que manifiesten si hasta este momento procesal encuentran algún vicio o nulidad que invalide lo actuado.

Las apoderadas de las partes manifiestan que no encontraron causales de nulidad que invaliden lo actuado.

El Despacho tampoco encuentra vicios o nulidades que invaliden lo actuado incluida la sentencia.

Finalmente, se deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f C.P.A.C.A.).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 4:32 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:



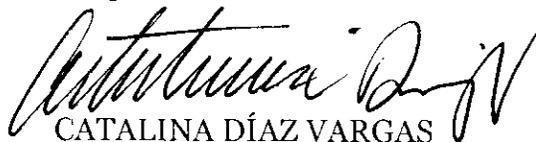
JHENIFFER FORERO ALONSO
C.C. N° 1032363499
T.P. N° 230581 del C. S. de la J.
Apoderada de la parte demandante



LINDA SORAYA VELASCO LOZANO
C.C N° 52.706.787
T.P N° 259.212 del C. S. de la J.
Apoderado de las entidades demandadas



MARÍA ALEJANDRA MARRIAGA CALDERÓN
Sustanciadora Nominada del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad de Bogotá



CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez

