



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: **11001-33-42-052-2016-00325-00**

Demandante: **ARTURO GAITÁN CASTILLO**

Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO - FONPREMAG Y
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

Asunto: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho -
reliquidación pensional y descuentos en salud en
mesadas adicionales**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Arturo Gaitán Castillo en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FONPREMAG y Fiduciaria la Previsora S.A.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Arturo Gaitán Castillo, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en representación de FONPREMAG, por la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación.

- Se declare la nulidad del acto ficto que surgió de la no contestación del escrito de petición radicado ante Fiduciaria La Previsora S.A. el 24 de agosto de 2015, con el fin de que dicho sujeto procesal reintegre y suspenda los dineros descontados para salud.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora a:

1. Reliquidar la pensión de jubilación de la parte actora incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior al status pensional según los términos de la Ley 33 de 1985.
2. Reintegrar los valores descontados por aportes a salud en las mesadas ordinarias, canceladas en el primer pago y en las mesadas adicionales de junio y diciembre.
3. Suspender los descuentos por seguridad social sobre las mesadas adicionales.
4. Condenar a las entidades accionadas al pago de los valores adeudados, desde el momento en que se reconoció la pensión, descontado lo pagado, y dar cumplimiento a la sentencia conforme lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.
5. Condenar a los sujetos pasivos al pago de costas con base en lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso en síntesis que (fls.16-17):

1. El demandante nació el 20 de agosto de 1954 y labora como docente al servicio del Estado desde el 8 de febrero de 1993 hasta la fecha.
2. Mediante Resolución No. 0744 del 31 de enero de 2012, FONPREMAG reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, sin incluir la totalidad de los factores salariales certificados por la entidad, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.
3. Desde el primer pago de mesadas de la pensión de jubilación se le vienen haciendo descuentos para EPS salud, sobre la mesada adicional, sin que exista norma vigente que así lo ordene tanto en las leyes que rigen la seguridad social como el régimen especial que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.
4. El 13 de enero de 2015 el accionante solicitó a FONPREMAG se reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional y el reintegro de los descuentos en salud realizados a la mesada pensional.

5. La Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio profirió la Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016, en la cual resolvió negativamente la anterior petición.
6. La actora solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A. el 24 de agosto de 2015, el reintegro y pago de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta alguna.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; Leyes 57 y 153 de 1887, 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 4 de 1992, 100 de 1993, 238 de 1995, 1073 de 2002 y 812 de 2003.

Señaló que a la parte actora se le dejó de aplicar lo establecido en la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 1, referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados.

Agregó que de manera errada se aplicó la Ley 812 de 2003, que contempla los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación que goza de un régimen especial y que es más favorable al pensionado.

Frente a los descuentos para salud realizados a las mesadas adicionales de la pensión, arguyó que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento de las mesadas adicionales al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que no contemplan tales descuentos.

Aseguró que el doble descuento, no está autorizado resultando ilegal y constituyéndose en abuso por parte de la entidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG, contestó la demanda (fls.63-67), oponiéndose a las pretensiones por cuanto considera que la entidad aplicó en debida forma la normatividad aplicable a la actora.

Frente a los descuentos en salud, anotó que los descuentos se han realizado conforme el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por el cual se creó el Fondo de

Prestaciones Sociales del Magisterio, que consagra el deber de deducir el 5% de cada mesada, incluidas las adicionales.

Concluyó que los descuentos aplicados sobre la pensión de la demandante, se han efectuado de conformidad con la ley aplicable.

Propuso las excepciones de: *“falta de legitimidad por pasiva inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley y prescripción”*.

El apoderado de la FIDUPREVISORA S.A., contestó en tiempo (fls.45-49), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, arguyendo que es una entidad administradora y pagadora de los recursos de FONPREMAG conforme la Ley 91 de 1989, por lo que no tiene competencia en asuntos relacionados con reconocimiento de pensión, reliquidaciones ni trámites similares, ante lo cual señala que no puede ser sujeto pasivo en el litigio.

Señaló que la pensión de la demandante se reconoció conforme la Ley 91 de 1989, y frente a los descuentos en salud sostuvo que se han realizado conforme el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Propuso las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción”*.

Frente a las excepciones propuestas, el Despacho ya se pronunció sobre ellas en la audiencia inicial celebrada el 30 de marzo de 2017 (fls.84-91).

No obstante, se reitera que en lo que respecta a la excepción de *“falta de legitimidad por pasiva”* propuesta por FONPREMAG se señala que conforme lo establece la Ley 91 de 1989, y pronunciamientos del órgano de cierre de esta Jurisdicción, la Secretaría de Educación de Bogotá, expidió el acto en representación de FONPREMAG, por lo cual se encuentra legitimidad para participar en el presente litigio.

En cuanto a la excepción de *“falta de legitimidad por pasiva”* propuesta por la FIDUPREVISORA, se advierte que dicho sujeto procesal es quien ante su falta de respuesta al escrito de petición radicado el 24 de agosto de 2015 dio lugar al acto ficto que negó la devolución de los dineros descontados por salud en las mesadas adicionales del accionante por lo cual está llamada a responder, aunado al hecho que

dado a que ella es quien administra los recursos de FONPREMAG le asiste interés en las resultas del proceso.

Por otra parte, se anotó en la etapa de excepciones de la audiencia inicial que la excepción de prescripción se estudiaría de oficio en caso de que prosperaran las pretensiones de la demanda y frente a las demás se estableció que las mismas serían decididas junto con la sentencia.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 30 de marzo del año en curso (Fls.90 a 91), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 18 y 58 segundos hasta el minuto 21 y 03 segundos) y la parte accionada (del minuto 21 y 17 segundos hasta el minuto 22 y 17 segundos), de la grabación visible a folio 92 del expediente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. EXCEPCIONES

Frente a la excepción de **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, propuesta de forma común por las entidades accionadas, considera el Despacho que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero en ninguna manera constituye excepción de mérito alguna que impida al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual debe tenerse como alegación de la defensa y por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto a la excepción de prescripción, se señala que será estudiada en caso de que prosperen las pretensiones de la parte actora.

2. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 30 de marzo de 2017 (Fls. 84 a 91), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante Fiduciaria La Previsora S.A., el 24 de agosto de 2015?
2. ¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reliquidada la pensión de jubilación incluyendo los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional?
3. ¿Le asiste el derecho al demandante a que se le reintegre los valores descontados por aportes a salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho pensional y hasta la sentencia?

3. ACERVO PROBATORIO

3.1. Resolución No. 0744 del 31 de enero de 2012, "Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Pensión Vitalicia de Jubilación", al señor Arturo Gaitán Castillo, a partir del 24 de diciembre de 2010 (fls.3-5).

3.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición del 13 de enero de 2015 ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, en donde solicitó la reliquidación de la pensión que devenga con la inclusión de todos los factores devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus y la devolución y suspensión de los descuentos para salud realizados a la mesada pensional (fls.7-8).

3.3. Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016 "Por la cual se niega un ajuste de una Pensión Vitalicia de Jubilación", proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de FONPREMAG (fls.10-11).

3.4. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición del 24 de agosto de 2015 ante la Fiduciaria La Previsora S.A en el cual se solicitó el reintegro y suspensión de los valores descontados por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre. (fl.31)

3.5. Formato único para la expedición de certificado de salarios en donde la Secretaría de Educación de Bogotá señala los factores devengados por el actor para los años 2009 y 2010 (fls.12-13).

3.6 Cédula de ciudadanía de la accionante, quien nació el 20 de agosto de 1954 (fl.14).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darles solución a los interrogantes planteados en el problema jurídico, es preciso hacer referencia a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo.

Analizado lo anterior se hace necesario establecer la normatividad que regula la pensión de los docentes, los factores salariales a tener en cuenta para liquidarla y determinar los descuentos en salud que son permitidos por el ordenamiento jurídico.

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por el actor ante la Fiduciaria La Previsora S.A., tiene fecha de radicación del 24 de agosto 2015, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 83 consagró:

"Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto

presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

“(…) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

- RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *“por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”*, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

Posteriormente, se profirió la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado², señaló:

"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan 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 de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)"(Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

² Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 *"Por la cual se expide la Ley General de Educación"*, que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"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.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...)".

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, resultan aplicables a los docentes las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, toda vez que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial, amén de que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados sus 15 años de prestación de servicios.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"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”.

Por tanto, los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media fundado por la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho se abstendrá de hacer referencia al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 ibídem, según la cual, no será aplicable el régimen de la presente Ley a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

“Artículo 3º. 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. (Negritas fuera de texto).”

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

*“Artículo 1º. 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 para 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; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios*

prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)".

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, 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, anotando lo que sigue:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 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 encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que 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, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.¹³
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

*"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones**, que a pesar de tener esa naturaleza, **constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)"*⁴ (Negrillas fuera de texto).

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁵, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

- DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 "Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones", en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y

b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

⁴ Ibidem.

⁵ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

Posteriormente y mediante el Decreto 3135 de 1968 se reiteró tal posición, expresando que los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez deben cotizar un cinco por ciento (5%) de su pensión a efectos de recibir de parte de la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria (artículo 37).

El Decreto 1848 de 1969 replicó lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1968, allí se consignó:

"Artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional."

Luego, la Ley 4ª de 1976; *"por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones"*, creó una mesada adicional pagadera en diciembre para empleados de cualquier orden, así:

"Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto."

Por mandato expreso de la Ley 43 de 1984, se prohibió el descuento para salud a los pensionados en la mesada adicional, señaló la norma:

"Artículo 5. A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3º del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional." (Destaca el despacho)

La mesada adicional de junio nació con la Ley 100 de 1993, en cuyos artículos 50 y 142 se estableció cuáles serían las mesadas adicionales pagaderas, en los siguientes términos:

"Artículo 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual." (Texto tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994)

"Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

Parágrafo transitorio. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal."

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, así:

"Artículo 30. Monto de la cotización. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 de 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten."

Las Leyes 71 y 79 de 1988 fueron reglamentadas por el Decreto 1073 de 2002, el cual en lo pertinente, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales, así:

"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.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesada adicionales.
(Destaca el Despacho)

No obstante, el parágrafo de este artículo fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado "...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..." a través de sentencia dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" del 3 de febrero de 2005 con ponencia de la Magistrada (e) Ana Margarita Forero de Olaya, dentro del proceso 2002-0163.

Así mismo la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, señaló que el valor de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

"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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales

vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989”.

De lo anterior, el Despacho entiende que no existe un régimen de transición en materia de cotización en salud, salvo lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, que refiere la organización de salud, quedando por tanto los pensionados, rigiéndose en esta materia, conforme las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993, señalando el monto de la cotización mensual de cada pensionado, como se pasa a leer:

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

PARAGRAFO. 1º- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

PARAGRAFO. 2º- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.”

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección “C”, de fecha 3 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Ilvar Nelson Arévalo Perico, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etelvina Alejo de Riveros, accedió a las súplicas de la demanda, en la cual revocó una decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

“DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES

(...)

En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls. 2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl. 47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7° de la Ley 42 de 1982 y 5° de la Ley 43 de 1984.

Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente.”

Así mismo, la Subsección “F” de dicho Tribunal por providencia del 15 de abril de 2015, resolvió acceder a una demanda en la que se formularon pretensiones similares a las acá expuestas, aduciendo lo siguiente:

“sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:

“En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

(...)

II. se responde.

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada”

De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art.5)

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 1º del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.

(...)

En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

En conclusión, no se puede realizar descuentos del 12% para cotización en salud, de las mesadas adicionales de la pensión, por cuanto hay norma expresa que prohíbe realizar descuentos de la mesada adicional de diciembre, como anteriormente se estableció, y en relación con la mesada de junio, se tiene que el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, no podría cotizar dos veces por el mismo mes.

Por lo tanto, encuentra la Sala que no existe norma alguna que faculte a la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag-, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA- S.A., a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de aquellas personas que gocen de una pensión de jubilación.” (negrilla extra texto)

Así las cosas, este Despacho señala que la cuantía de la cotización en salud fue fijada originalmente en la Ley 100 de 1993, en un porcentaje del 12% del ingreso base; a cargo del afiliado en el caso de los trabajadores pensionados e independientes; y para los asalariados indistinto sean del sector público o privado, se fijó en un 8% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de 2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todas las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el estatus pensional.

De lo antes señalado, este Despacho acoge la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde señala que revisada la normatividad vigente y en lo que respecta al descuento obligatorio para salud, mal podría efectuarse en las dos mesadas

que se percibe en junio y diciembre el doble descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

Debiéndose por tanto, entender que la Ley 91 de 1989, enuncia en su artículo 8 los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concordándola con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, normas que prohíben los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. Situación que ha sido explicada por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los interrogantes formulados en el problema jurídico, entra el Juzgado a resolver el primero de ellos, es decir, determinar si se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante Fiduciaria La Previsora S.A., el 24 de agosto de 2015.

Así las cosas, conforme se expuso en precedencia, el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la Ley contempla que ante la falta de decisión de la administración se de origen a un acto ficto que dependiendo de lo solicitud tendrá el carácter de positivo o negativo, lo anterior en aras de evitar que la administración deje indefinidamente un asunto sin resolver, además que la configuración del acto presunto le permite al interesado acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En el caso bajo estudio, se encuentra probado que el accionante radicó petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A. el 24 de agosto de 2015 (fl.31), sin que a hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto el 24 noviembre de 2015 según lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará la existencia del acto presunto consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición del 24 de agosto de 2015 ante Fiduciaria La Previsora S.A.

Anotado lo anterior, entra el Juzgado a resolver el segundo interrogante expuesto en el problema jurídico, esto es determinar si le asiste derecho a la parte actora a que le sea

reliquidada su pensión de jubilación incluyendo los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquirió del estatus pensional

Reliquidación Pensional

En el asunto de la referencia del señor Arturo Gaitán Castillo, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de la Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que el demandante fue vinculado como docente a partir del 5 de septiembre de 1974 (Fl.4), que laboró por más de 20 años como docente en las Secretarías de Educación de Cundinamarca y Bogotá D.C., y que adquirió su status pensional el 23 de diciembre de 2010 (Fl.3), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

Ahora, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 0744 del 31 de enero de 2012, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al accionante pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del status efectiva a partir del 24 de diciembre de 2010 (Fls.3-4).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el año anterior a la adquisición del status pensional, pues los consagrados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, son de carácter enunciativo.

Así las cosas, de conformidad con la Resolución No. 0744 del 31 de enero de 2012, el sujeto activo laboró en los siguientes periodos: Secretaría de Educación de Cundinamarca del 5 de septiembre de 1974 al 10 de junio de 1975; en la Secretaría

de Educación de Bogotá del 6 de marzo de 1991 al 23 de diciembre de 2010, y que adquirió su status pensional el 23 de diciembre de 2010, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2010.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2010, relacionados en el documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"* (Fl. 12), según el cual, el actor percibió: sueldo, prima de vacaciones, "prima especial" y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 0744 del 31 de enero de 2012 (Fls. 3 - 5), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación tuvo en cuenta únicamente la asignación básica y la prima de vacaciones, quedando pendiente de reconocer la "prima especial" y la prima de navidad, razón por la cual, la entidad demandada desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación del actor, consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad de la Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional del actor.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión del señor Arturo Gaitán Castillo, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, comprendido entre el 23 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2010, a saber: **las doceavas partes de la "prima especial" y de la prima de navidad**, además del sueldo básico y prima de vacaciones, ya reconocidos.

Adicionalmente, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión, en la proporción que corresponda al trabajador y que se

determine en cada una de la normatividad por la cual se crearon factores salariales, pues tales factores estaban cubiertos por las entidades.

Ahora, teniendo en cuenta lo excepcionado por las entidades demandadas a efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional el 13 de enero de 2015⁶, de lo que se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 13 de enero de 2012.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Ahora bien, entra el Juzgado a determinar si le asiste el derecho al demandante a que se le reintegre los valores descontados por aportes a salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho pensional y hasta la sentencia.

Descuentos en Salud

⁶ Fecha que ha sido relacionada por la entidad demandada en la Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016 (fl.10), pues en el plenario no se avizora copia del mismo.

Se tiene que la parte actora devenga pensión de jubilación a partir del 24 de diciembre de 2012, reconocida a través de la Resolución No. 0744 del 31 de enero de 2013, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG.

Así mismo se observa que a la parte actora se le realizan los descuentos en salud de la mesada adicional de diciembre, lo cual se corrobora del extracto de pago realizado al demandante por la FIDUPREVISORA S.A., visto a folio 94 vltto.

Por todo lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga el actor a partir del día 24 de agosto de 2015.

Lo anterior dado que opero el fenómeno de la prescripción trienal consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, toda vez que entre el reconocimiento de la pensión de vejez (31 de enero de 2012) y la radicación del escrito de petición (24 de agosto de 2015) se superó el termino referido.

Tal decisión, por cuanto como ya se señaló, este Despacho entiende que conforme lo estableció la Ley 812 de 2003 que derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; aclarándose además, que no opera régimen de transición en esta materia, no existiendo norma que valide los descuentos de las mesadas adicionales, advirtiéndose que finalmente ya se les realizó un descuento a las mesadas pensionales ordinarias.

En tal sentido, el accionante tiene derecho a que se reliquide su pensión teniendo en cuenta las doceavas partes de la "prima especial" y de la prima de navidad, además del sueldo básico y prima de vacaciones, ya reconocidos a partir del 13 de enero de 2012 y la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga dicho sujeto procesal a partir del día 24 de agosto de 2015.

Se aclara que se ordenará el pago de las sumas actualizadas conforme a los índices de inflación, certificados por el DANE, revalorizando su cuantía; advirtiéndose que dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 24 de agosto de 2015, ante la Fiduciaria La Previsora S.A.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición elevada el 24 de agosto de 2015, mediante el cual se negó al actor el reintegro y la suspensión de los descuentos de las mesadas adicionales realizados en diciembre, según lo señalado en la parte motiva.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, condenar a Fiduciaria La Previsora S.A. a suspender y reintegrar las sumas descontadas sobre las mesadas adicionales de diciembre de la pensión que devenga el señor Arturo Gaitán Castillo, identificado con cédula de ciudadanía número 19'242.361 de Bogotá, con destino al sistema de salud, a partir del 24 de agosto de 2015 por prescripción trienal conforme lo expuesto.

CUARTO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 1120 del 25 de febrero de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

QUINTO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión mensual vitalicia de

jubilación del señor Arturo Gaitán Castillo, identificado con cédula de ciudadanía No. 19'242.361 de Bogotá, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, esto es, periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2010, a saber: además del sueldo básico, prima de vacaciones, las doceavas partes de la "prima especial" y de la prima de navidad, a partir del 13 de enero de 2012, previo descuento del valor de los aportes pensionales no realizados sobre los factores certificados, en la proporción correspondiente al trabajador, si a ello hubiere lugar.

SEXTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la formula indicada en la parte motiva de la presente providencia, esto es:

$$R = RH \times (\text{índice Final} / \text{índice inicial})$$

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

SÉPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

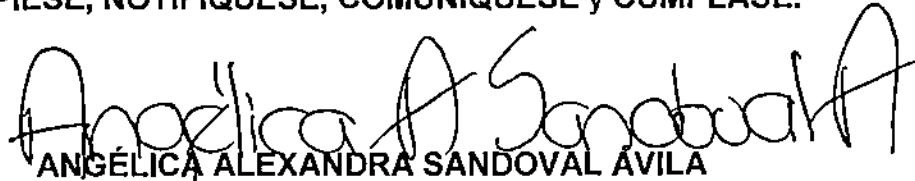
OCTAVO.- Sin lugar a condena en costas.

NOVENO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público, y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el

remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA

Juez

S.A

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy treinta (30) de junio de 2017, se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>30</u>  _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00296-00
Demandante: LELIO ENRIQUE SUAREZ GÓMEZ
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Bonificación por compensación

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Lelio Enrique Suarez Gómez contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Lelio Enrique Suarez Gómez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del Oficio No. 2016-9365 del 15 de febrero de 2016 proferido por la entidad accionada en la cual se negó el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta la bonificación por compensación.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pidió se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a:

1. Reconocer, reajustar, pagar y reliquidar el porcentaje que corresponda por bonificación por compensación sobre la asignación de retiro cada año con su respectiva indexación como resultado de la operación matemática de lo pagado y lo dejado de pagar a partir del 1º de enero de 1997 hasta la instancia que ponga fin al litigio.
2. Condenar a la demandada al pago del valor adeudado de forma actualizada conforme el IPC entre el 1º de enero de 1997 y la fecha en que se cancele la bonificación por compensación teniéndola en cuenta como factor salarial sobre

las primas de actividad, vacaciones y de auxilio de cesantías de acuerdo a la forma de liquidación señalada por el Decreto 2072 de 1997.

3. Condenar a CREMIL a que se de cumplimiento a la sentencia de acuerdo a los artículos 176 y 178 del CPACA y que se ordene la cancelación de las costas procesales y agencias en derecho.

Como supuestos fácticos que soportan sus pretensiones expuso en síntesis que (fls.15):

1. El señor Lelio Enrique Suarez Gómez prestó sus servicios personales a la Fuerza Aérea Colombiana en el grado de Técnico Jefe.
2. Mediante la Resolución No. 1768 del 22 mayo de 1975 la entidad accionada le reconoció al actor asignación de retiro.
3. El accionante en ejercicio del derecho de petición el 1° de febrero de 2016, solicitó el reconocimiento y pago en su asignación de retiro la bonificación por compensación conforme lo establece el Decreto 2072 de 1997.
4. La entidad accionada a través del Oficio No. 2016-9365 del 15 de febrero de 2016, negó la anterior petición.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, en el expediente del epígrafe se citan los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 13, 16, 25, 44, 46, 48, 51, 52, 53, 90 y 220 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, Decretos 122 de 1997, 2072 de 1997, y 57 de 1998.

Señala que CREMIL debió haber aplicado los reajustes establecidos bajo la denominación Bonificación por Compensación, preceptuado en el Decreto 2072 de 1997 y de manera adicional a los reajustes anuales conforme al IPC, según el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a la asignación de retiro del actor, a partir del 1° de enero de 1997 en virtud de las garantías establecidas en la Constitución Política.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls.47-51).

El apoderado del extremo pasivo, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que al actor se le reconoció su asignación de retiro conforme el tiempo de servicios y las partidas legalmente computables teniendo en cuenta el régimen especial que rige a los miembros de la fuerza pública.

Por ello, propuso la excepción de "*prescripción*" la cual se estudiara en el evento que prosperen las pretensiones de la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 15 de marzo del año en curso (Fls. 188 a 197), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 28 y 28 segundos hasta el minuto 29 y 10 segundos) y la parte accionada (del minuto 29 y 25 segundos hasta el minuto 29 y 37 segundos), de la grabación visible a folio 198 del expediente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 15 de marzo de 2017 (Fls. 188 a 197), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte accionante a que se le reconozca, liquide y pague el reajuste de su asignación mensual de retiro teniendo en cuenta la bonificación por compensación establecida en el Decreto 2072 de 1997?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 1° de febrero de 2016, mediante el cual la parte actora solicitó el reconocimiento y

pago de la diferencia económica dejada de percibir en el reajuste anual de la asignación salarial y de retiro en virtud de la bonificación por compensación con base en lo establecido en el Decreto 2072 de 1997. (Fls.2-6).

2.2. Oficio No. 2016-9365 del 15 de febrero de 2016, por medio del cual la entidad demandada negó la anterior petición (Fl.7).

2.3. Resolución No. 1768 del 22 de mayo de 1975, mediante la cual se le reconoció asignación de retiro al accionante junto con las partidas computables que se tuvieron en cuenta para fijar el valor de dicha prestación (Fls.9-11).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para resolver el interrogante formulado como problema jurídico dentro del asunto, es preciso analizar la normatividad que estableció la bonificación por compensación para los miembros activos y retirados de las Fuerzas Militares.

En efecto, el artículo 150 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República hace las leyes y, por medio de ellas, ejerce las siguientes atribuciones:

"(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) (...).

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)". (Negrilla fuera de texto).

En ejercicio de la mencionada atribución constitucional, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general, quedando el Gobierno facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos trazados en dicha disposición.

Así, la mencionada Ley 4ª de 1992 en sus artículos 1º y 13 estableció:

"Artículo 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:
(...)

d) Los miembros de la Fuerza Pública..."

"Artículo 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una **escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública** de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º.

PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996." (Negrillas fuera del texto original)

La última disposición transcrita fue sometida a control de constitucionalidad y fue declarada exequible mediante sentencia C-167 de 1993.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades otorgadas a través de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 2072 de agosto 21 de 1997 la cual estableció una bonificación por compensación en los siguientes términos:

"Artículo 1º. Créase para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, para los Oficiales, Suboficiales, Agentes y personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía a que se refiere el Decreto 122 de 1997, **una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, la cual constituirá factor salarial** para efectos de determinar las primas de navidad, vacaciones y servicios; auxilio de cesantía, asignación de retiro, pensiones de jubilación vejez, invalidez y sobrevivientes. (Negrillas fuera del texto original)

Parágrafo. Al momento de liquidar el auxilio de cesantía, asignación de retiro, pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sobrevivientes, se tomará como factor salarial la parte de la bonificación por compensación determinada sobre los haberes que de acuerdo con las normas legales vigentes sirvan para su cómputo."

"Artículo 2º. La Bonificación por Compensación que se crea en el artículo anterior, se liquidará de la siguiente manera:

Para quienes ocupen empleos cuya asignación básica y gastos de representación a 1996 equivalgan en salarios mínimos de ese año a:	Bonificación por compensación
Menos de dos salarios mínimos	Diferencia entre el valor resultante de aplicar el 20% a las asignaciones básicas y demás haberes mensuales de 1996 y el aumento efectuado del

	18%, 18.76% o del 18.8%, según cada caso individual, para los mismos conceptos en 1997.
Entre dos y hasta cuatro salarios mínimos	Diferencia entre el valor resultante de aplicar el 18% a las asignaciones básicas y demás haberes mensuales de 1996 y el aumento efectuado del 14% o del 10%, según cada caso individual, para los mismos conceptos en 1997.
Más de cuatro y hasta ocho salarios mínimos	Diferencia entre el valor resultante de aplicar el 16% a las asignaciones básicas y demás haberes mensuales de 1996 y el aumento efectuado del 8% para los mismos conceptos en 1997.
Más de ocho salarios mínimos	Diferencia entre el valor resultante de aplicar el 14% a las asignaciones básicas y demás haberes mensuales de 1996 y el aumento efectuado del 8% para los mismos conceptos en 1997.

Parágrafo 1º. Para el personal de la Fuerza Pública de que trata el presente artículo a quienes se les reconozca Bonificación por Compensación y sean ascendidos, se les continuará reconociendo la Bonificación por Compensación en la cuantía que venían percibiendo.

Parágrafo 2º. Para el personal de empleados públicos de que trata el presente artículo a quienes se les reconozca Bonificación por Compensación y cambien de empleo por ascenso o concurso, se les continuará reconociendo la Bonificación por Compensación en la cuantía que venían percibiendo."

Así las cosas, se tiene que la disposición trascrita no hizo referencia alguna a la nivelación de los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional que percibían asignación de retiro o pensión, motivo por lo cual el legislador mediante Ley 420 de 1998 extendió los efectos de dicha bonificación por compensación a ese grupo de la siguiente manera:

"Artículo 1o. Adiciónanse los artículos 158, 140 y 100 de los Decretos-leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990 respectivamente, y el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, en el sentido de incluir como partida computable para liquidar las prestaciones sociales periódicas del personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados con asignación de retiro o pensión y sus beneficiarios, que tuvieran tal condición, el 31 de diciembre de 1996, la bonificación por compensación que reconozca al personal de la Fuerza Pública en servicio activo.

PARAGRAFO. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación.” (Negrillas fuera de texto original).

Así las cosas, a partir del 1º de enero de 1997, por disposición de la Ley 420 de 1998, la bonificación por compensación fue incluida como partida computable para liquidar las prestaciones sociales periódicas del personal de Oficiales y Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados con asignación de retiro o pensión y sus beneficiarios, siempre y cuando ostentaran tal calidad para el 31 de diciembre de 1996.

Igualmente, la desaparición de la bonificación por compensación como emolumento independiente quedó consagrada en forma clara y expresa en el párrafo del artículo 1º de la Ley 420 de 1998, siempre que la bonificación fuera incluida en el salario básico de los miembros en servicio activo, y se hiciera lo mismo respecto de la asignación de retiro y pensiones.

Ahora bien, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del párrafo del artículo 1º de la Ley 420 de 1998, a través de la sentencia C-789 de 2011 en la cual expuso:

“(…) Los cargos formulados por el demandante están fundados en la presunta vulneración de lo establecido en los artículos 1º, 4º, 48 y 58 de la Constitución Política, pero, como se ha explicado, ellos devienen de la interpretación elaborada por el actor. La Corte entiende que la bonificación por compensación deja de ser un componente incidental y episódico del ingreso que perciben los miembros de la Fuerza Pública con asignación de retiro o pensionados, para convertirse en un factor del salario que de manera permanente es tenido en cuenta para la liquidación de sus mesadas; por esta razón el Legislador le retira la calidad de bonificación, por cuanto de mantenerla los beneficiarios la reclamarían dos veces: una como factor salarial y otra como bonificación, resultando más benéfico para los destinatarios de la norma incorporar esta partida como factor salarial.

Por tanto, antes que vulnerar los principios de dignidad humana y trabajo consagrados en el artículo 1º de la Carta, la medida adoptada contribuye a su desarrollo y aplicación; por lo mismo, está dentro de los parámetros establecidos por el constituyente y no implica violación del artículo 4º superior. Al mejorar el ingreso de los beneficiarios, la medida tampoco desconoce los principios de progresividad y no regresividad previstos en el artículo 48 de la Constitución.

En cuanto a la bonificación por compensación considerada por el demandante como parte de los derechos adquiridos y, por lo tanto, no susceptible de modificación, la Sala reitera que con la medida adoptada el Legislador no retiró esta partida económica del ámbito de protección de los miembros de las Fuerzas Militares con asignación de retiro, sino que para incrementarles los beneficios cambió su naturaleza de partida especial y excepcional, convirtiéndola en factor salarial, sin que este hecho signifique transgresión al mandato consagrado en el artículo 58 de la Carta Política.”

Conforme lo transcrito, el máximo Tribunal Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 1° de la Ley 420 de 1998 por considerar que el paso de la bonificación por compensación como un emolumento esporádico y eventual para ser un factor salarial permanente era más beneficioso para los intereses de los miembros de las Fuerzas Militares.

Ahora bien, el Decreto 058 de enero 10 de 1998 *“Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para alféreces, guardiamarinas, pilotines, grumetes y soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”,* en su artículo 1° estableció la escala gradual salarial del personal a que allí se menciona, de la siguiente forma:

“Artículo 1°. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública. Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General (...)”

En el artículo 39 del referido Decreto el Gobierno Nacional integró la bonificación por compensación al salario de los miembros activos de las Fuerzas Militares, por lo cual se entiende que conforme lo señalado por el parágrafo del artículo 1° de la Ley 420 de 1998 dicha incorporación también se realizó a las asignaciones mensuales de los retirados que gozaban de pensión o asignación de retiro antes del 31 de diciembre de 1996.

En efecto, la norma en mención señaló:

“Artículo 39. En las asignaciones básicas mensuales fijadas en el presente decreto queda incorporada la bonificación por compensación establecida mediante 2072 de 1997.”

El artículo antes transcrito fue objeto de control de legalidad por parte del Consejo de Estado mediante sentencia de abril 10 de 2008 en la cual se declaró ajustada dicha normativa al ordenamiento jurídico por los siguientes argumentos:

“De lo reseñado se obtiene que la bonificación por compensación no desapareció del patrimonio de los beneficiarios, sino que se integró como parte de la asignación básica mensual, entendiéndose como beneficiarios: no solo los miembros activos de las fuerzas militares, sino las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales, a quienes se aplica el mismo comportamiento en la liquidación dando cumplimiento así a la Ley 420 de enero de 1998, que previó que la bonificación podría incorporarse al sueldo básico y eso fue lo que hizo el artículo 39 del Decreto 058 de 1998 al señalar “En las asignaciones básicas mensuales fijadas en el presente decreto queda incorporada la bonificación por compensación establecida mediante 2072 de 1997”.

De contera que, no podría el gobierno nacional mantener la bonificación por compensación en las condiciones inicialmente creadas, cuando la misma entra al patrimonio de la población destinataria como parte de la asignación básica mensual, si esto se permitiera, se estaría autorizando el pago doble por el mismo concepto. Ahora, anular el artículo 40 del decreto 58 de 1998, que deroga el decreto que crea la bonificación por compensación, mantendría vigente el artículo 39 de la misma preceptiva, dando lugar a la situación previamente planteada.

En conclusión, el Gobierno Nacional dentro de su competencia regulo en debida forma y acorde con la Ley el tema de la bonificación por compensación, no hubo extralimitación de funciones; además es necesario reiterar que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal.”¹ (Negrillas fuera del texto original)

Conforme lo expuesto, se concluye que en principio la bonificación por compensación fue creada a favor del personal en servicio activo según los términos del Decreto 2072 de 1997; luego, por efectos de la Ley 420 de 1998 se hizo extensivo el pago de dicho emolumento al personal retirado de las Fuerzas Militares con pensión o asignación de retiro reconocida antes del 31 de diciembre de 1996; y, finalmente se dispuso su incorporación a la asignación básica (o de retiro según el caso), de forma tal, que la bonificación quedó incorporada en las mesadas pensionales de los miembros retirados de las Fuerzas Militares.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de abril 10 de 2008, radicación número: 11001-03-25-000-2006-00017-00(0299-06), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

De esa manera se expresó el Consejo de Estado en sentencia del 13 de junio de 2013 en la cual señaló:

(...) El recuento normativo y jurisprudencial efectuado con anterioridad, permite concluir que a pesar de que en principio en el Decreto 2072 de agosto 21 de 1997 sólo se ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por compensación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional, entre otros, tal derecho se hizo extensivo a los retirados de éstas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 420 de 1998, razón por la cual se dispuso el reconocimiento de ésta a favor del demandante, desde el 1º de enero hasta el 31 de diciembre de 1997, según se informó en el acto demandado.

Ahora bien, en el artículo 1º de la precitada Ley 420 de 1998 se determinó que en el evento de que la bonificación por compensación fuera incluida dentro del salario de los miembros activos, tendría el mismo comportamiento en las asignaciones de retiro y pensiones del personal retirado.

Así las cosas, como en el artículo 39 del Decreto 058 de 1998 se estableció que en las asignaciones mensuales fijadas en dicho Decreto quedaba incorporada la bonificación por compensación, es evidente que la misma situación tuvo ocurrencia respecto de las asignaciones de retiro, pues así lo consagró el artículo 1º de la Ley 420 de 1998 que hizo extensivo tal beneficio a las asignaciones de retiro y pensiones de dicho personal.”²

CASO CONCRETO.

El Suboficial Técnico Jefe ® de la Fuerza Área Colombiana, Lelio Enrique Suarez Gómez prestó sus servicios en las Fuerzas Militares por un lapso de 30 años y 18 días, por lo cual se hizo acreedor de asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a través de la Resolución No. 1768 del 22 de mayo de 1975 tal como se observa a folios 10 y 11 del plenario.

El accionante, el 1º de febrero de 2016 en ejercicio de su derecho fundamental de petición radico escrito ante le sujeto pasivo en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia económica dejada de percibir en el reajuste anual de su asignación de retiro en virtud de la bonificación por compensación señalada en el Decreto 2072 de 1997. (Fls.2-6)

La entidad accionada mediante el Oficio No. 2016-9365 del 15 de febrero de 2016, negó lo solicitado, argumentando que la bonificación por compensación a que se refiere el Decreto No. 2072 de agosto 21 de 1997 y la Ley 420 de enero 05 de 1998 correspondiente al periodo

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de junio de 2013, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado No. 25000-23-25-000-2003-01246-01(0815-09).

comprendido entre el 01 de enero a diciembre 31 de 1997, fue cancelada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con la mesada del mes de enero de 1998. (Fl.7).

Ahora bien, conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente sentencia, el Gobierno Nacional en cumplimiento de la Ley 4ª de 1992 y en aras de lograr la nivelación salarial de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, creó la bonificación por compensación inicialmente a favor del personal en servicio activo a través del Decreto 2072 de 1997.

Posteriormente, la referida bonificación en virtud de la Ley 420 de 1998 se hizo extensiva al personal que estuviese retirado (con pensión, asignación de retiro o beneficiarios de las mismas) antes del 31 de diciembre de 1996.

Luego, se dispuso su incorporación a la asignación básica o de retiro según el caso, lo que en efecto se traduce que la referida bonificación desapareció como emolumento independiente, por cuanto, fue incorporada en las asignaciones mensuales de retiro desde que se fijó la escala gradual porcentual en el Decreto 58 de 1998.

Así las cosas, en principio el actor no tuvo derecho a percibir la bonificación por compensación, teniendo en cuenta que al momento en el cual se expidió el Decreto 2072 de 1997 se encontraba retirado del servicio activo, dado a que le fue reconocida asignación de retiro el 22 de mayo de 1975 (fl.10).

No obstante, por disposición de la Ley 420 de 1998 se hizo extensivo el pago de dicho emolumento al personal retirado que tuviere tal condición el 31 de diciembre de 1996, disposición que benefició al demandante durante la vigencia fiscal del año 1997, la cual fue pagada al actor el 1º de enero de 1998, con retroactividad al 1º de enero de 1997, tal como lo expuso la entidad accionada en el acto acusado (fl.7 vto.)

Para 1998, la bonificación por compensación desapareció por efectos de la expedición del Decreto 58 de 1998, que empezó a regir desde su publicación en el Diario Oficial N° 43.212 de 10 de enero de la misma anualidad, disposición que en su artículo 39 estableció que esa bonificación se incorporaría al salario de los miembros activos de las Fuerzas Militares, por lo cual se entiende que conforme a lo señalado por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 420 de 1998 dicha incorporación también se realizó a las asignaciones mensuales de los retirados

que gozaban de pensión o asignación de retiro antes del 31 de diciembre de 1996, tal como sucedió en el caso bajo estudio.

Así, en palabras del Consejo de Estado consagradas en la sentencia del 13 de junio de 2013:

"(...) Es claro que en el literal del artículo 1º del Decreto 058 de 1998 no se menciona la bonificación por compensación como partida computable en las asignaciones de actividad allí mencionadas; sin embargo, con la previsión hecha en su artículo 39 se evidencia que el monto de lo que se reconocía por ese concepto sí fue incluido al realizar los cálculos tendientes a establecer las asignaciones previstas en el citado Decreto"³

En consecuencia, no es procedente el reconocimiento y pago de la bonificación por compensación reclamada por el accionante, pues a partir del año de 1998 dicha bonificación fue cancelada junto con la asignación mensual de retiro, aunado al hecho que para el año de 1997, le fue pagada esa bonificación en la mesada del mes de enero de 1998 tal como lo expuso el sujeto pasivo en el acto acusado visible a folio 7 del expediente.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8º de la ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte actora, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fe dentro del sub-examine.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

³ Ibidem.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 30 de junio de 2017 se notifica la sentencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>38</u>.  _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 11001-33-42-052-2016-00376-00
Demandante: ANA OLIVA MARTÍN DE GONZÁLEZ
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Ana Oliva Martín de González en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Ana Oliva Martín de González, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de la Resolución No. 4442 del 27 de agosto de 2015, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG a:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios con la inclusión de todos los factores devengados en el año anterior al estatus pensional.

Que se liquide y pague las diferencias entre lo que se ha cancelado con ocasión al reconocimiento causado con la Resolución No. 2704 del 11 de abril de 2008 y modificada su cuantía mediante Resolución No. 4117 del 16 de junio del mismo año, es decir, desde la fecha de la adquisición del estatus de pensionada y hasta el ingreso en nómina con la inclusión de los factores devengados y, que el incremento establecido se siga efectuando en las mesadas futuras.

Reajustar los valores adeudados conforme al Índice de Precios al Consumidor, mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

Reconocer y pagar los intereses moratorios conforme a lo establecido en el artículo 192 y 195 del CPACA.

Condenar a la demandada al pago de costas de conformidad al artículo 188 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls.27 vuelto -28):

Laboró por más de 20 años como docente y cumplió con los demás requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida la pensión de jubilación.

Mediante Resolución No. 2704 de 11 de abril de 2008, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y pagó una pensión de jubilación a la actora sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año al estatus pensional.

La parte actora radicó escrito en ejercicio del derecho de petición el 4 de agosto de 2015, a través del cual solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al estatus pensional.

La anterior solicitud fue resuelta por la entidad demandada a través de la Resolución No. 4442 del 27 de agosto de 2015, de manera desfavorable.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 2, 4, 13, 25, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3, 58, 150 ordinal 19 literal e) de la Constitución Política; Ley 33 y 62 de 1985; Ley 57 de 1987; Ley 91 de 1989; Ley 100 de 1993; Ley 1437 de 2011; Convenio 95 Organización Internacional del Trabajo OIT; y Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127.

Señaló que sin ninguna justificación la entidad demandada con la expedición del acto administrativo acusado pasó por alto incluir en la pensión de jubilación la totalidad de los factores salariales devengados por la parte actora en el último año de servicios al estatus pensional, por lo que se puede colegir que fue una decisión arbitraria.

Citó normatividad que consideró acorde con el tema, hizo referencia a distintos pronunciamientos jurisprudenciales y concluyó que la actora tiene derecho a que le sea reliquidada su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 48 a 52).

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad llamada a responder por el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Secretaría de Educación de Bogotá, por cuanto fue allí donde prestó sus servicios, por lo tanto es la entidad llamada a considerar las pretensiones de la demanda.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA"*, la cual fue resuelta de manera desfavorable en la etapa de excepciones de la Audiencia Inicial, (ii) *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"*, al señalar que la entidad que representa no es la encargada de efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación y (iii) *"PRESCRIPCIÓN"*, de los derechos

por el término de tres años de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*" encuentra el Despacho que tal consideración no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: En audiencia inicial adelantada el 14 de junio del año en curso (Fls. 68 – 74), las partes alegaron de conclusión.

La apoderada de la parte demandante, manifestó que se ratifica respecto de los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando que se condene a la entidad demandada a la reliquidación de la pensión de jubilación de su poderdante, con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, razón por la cual, exhorta a este Despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada manifestó que para el asunto de la referencia se tenga en cuenta la prescripción, así mismo se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y en caso de resultar condenada su representada no condenarla en costas.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 14 de junio de 2017 (Fls. 68 a 74), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Si a la demandante le asiste derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional?

2. ACERVO PROBATORIO: Obran las siguientes documentales dentro del plenario:

2.1. Copia simple de la Resolución No. 2704 del 11 de abril de 2008, mediante la cual la entidad demandada reconoció una pensión mensual de jubilación a la actora (Fls. 2 a 6).

2.2. Resolución No. 4442 del 27 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional de la señora Ana Oliva Martín de González (Fls. 14 a 16).

2.3. Copia auténtica del documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"*, en el que se indican los factores salariales devengados por la actora para los años 2004 y 2005 (Fls. 19 a 21).

2.4. Copia auténtica del documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL"*, en el que se relaciona la información laboral de la actora (Fls. 22 a 24).

2.5. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la actora (Fl. 25).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Previo a realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, es menester precisar que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció pensión de jubilación de conformidad a lo establecido en la Ley 71 de 1988, en consideración a que la actora acreditó más de 20 años de aportes sufragados tanto del sector público como del sector privado.

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar a la normatividad que establece el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 71 de 1988.

- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Al respecto, la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Negrilla fuera de texto). (...)."

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de

1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen que consagra la pensión por aportes, es la Ley 71 de 1988.

LEY 71 DE 1988

El régimen que establece la pensión por aportes en su artículo 7º dispuso:

*"ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, **tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas". (Negritas fuera de texto)

Disposición reglamenta por el Decreto 1160 de 1989, que en su artículo 20 estableció:

"Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

- a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;*
- b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.*
- c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;*
- d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez".*

No obstante, el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, derogó en su integridad el artículo que precede.

Así las cosas, se estableció que la denominada pensión por aportes, es aquella que la integran los tiempos de cotización tanto del sector público como del sector privado, y como requisito para acceder a la mentada prestación, se requiere que los empleados públicos o trabajadores oficiales acrediten haber cumplido 55 años, en caso de las mujeres o 60 años, en caso de los hombres y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, y ante el Instituto de Seguros Sociales.

Ahora, en lo que refiere al ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, discurrió:

"Artículo 9 .- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

(...)"

(Negritas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 8º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, señaló:

"Artículo 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley."

A su vez, el artículo 6º ibídem, preceptuó:

"Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente."

No obstante, el citado artículo fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, generándose de esta manera un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar la pensión por aportes.

Al respecto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el expediente con número de radicado 2427-2011, en sentencia de 15 de mayo de 2014, con

ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, bajo los siguientes argumentos:

"(...) Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

En este orden, es clara la configuración de omisión normativa; a este respecto se considera pertinente resaltar la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha explicado la omisión legislativa relativa, al indicar que ésta se estructura "cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta." (...)

Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aún cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional. (...)"

Así las cosas, en virtud de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, es posible dar aplicación al artículo 6º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, en el sentido de establecer el ingreso base de liquidación para efectos de liquidar las pensiones por aportes.

De lo anterior, se colige que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe tener en cuenta como base el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios en un 75%.

El Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que son aquellos que de manera habitual y periódica percibe el trabajador como contraprestación de sus servicios, anotando lo que sigue:

*“(…) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones** y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...).¹ (Negrillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón², en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Ana Oliva Martín de González, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de la Resolución No. 4442 del 27 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de

¹ Ibídem.

² Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

Prestaciones Sociales del Magisterio negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

Ahora, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1995, para los empleados del orden territorial, fecha para la cual la señora Ana Oliva Martín de González tenía 44 años de edad, pues nació el 17 de diciembre de 1950, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 25 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que la actora al cotizar tanto al sector público como al sector privado, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como en efecto lo aplicó la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la Resolución No. 2704 del 11 de abril de 2008, mediante la cual le reconoció a la señora Ana Oliva Martín de González pensión de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del status (Fls. 2 a 6).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado, acogida en su integridad por este Despacho Judicial, la liquidación pensional en el asunto de la referencia se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Así las cosas, de conformidad con la Resolución No. 2704 del 11 de abril de 2008, la señora Ana Oliva Martín de González laboró en el sector privado³ y público⁴, a partir del 1º de febrero de 1969 y que adquirió su status pensional el 17 de diciembre de 2005 (fl. 3), de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2004 y el 17 de diciembre de 2005.

³ Instituto de Seguro Social.

⁴ La Secretaría de Educación de Bogotá.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2004 y el 17 de diciembre de 2005, relacionados en el documento denominado *"FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS"* (Fls. 19 a 21), según el cual, la actora percibió: sueldo, sobresueldo, "prima especial", sobresueldo doble / tripe jornada⁵, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 2704 del 11 de abril de 2008 (Fls. 2 - 6), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación por aportes tuvo en cuenta únicamente la asignación básica, sobresueldo y horas extras directivo docente, quedando pendiente de reconocer la "prima especial", prima de vacaciones y la prima de navidad.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad de la Resolución No. 4442 del 27 de agosto de 2015, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional de la actora.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de la señora Ana Oliva Martín de González, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, comprendido entre el 18 de diciembre de 2004 y el 17 de diciembre de 2005, a saber: **las doceavas partes de la "prima especial", prima de vacaciones y prima de navidad**, además del sueldo básico, sobresueldo y horas extras directivo docente, ya reconocidos.

Adicionalmente, se ordenará descontar los valores correspondientes a los aportes no efectuados para la pensión, en la proporción que corresponda a la trabajadora.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del

⁵ Se hace claridad que la entidad en la Resolución No. 2704 del 11 de abril de 2008, a través de la cual reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la actora, reconoció este factor salarial el cual lo denominó *"horas extras directivo docente"*, razón por la cual así lo seguiremos mencionando.

Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional el 4 de agosto de 2015 (Fls. 9-12), de lo que se concluye que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas con anterioridad al 4 de agosto de 2012.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 4442 del 27 de agosto de 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en nombre y representación

de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación de la señora Ana Oliva Martín de González, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.493.057 de Bogotá, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, esto es, periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2004 y el 17 de diciembre de 2005, a saber: además del sueldo básico, sobresueldo y horas extras directivo docente, **las doceavas partes de la “prima especial”, prima de vacaciones y prima de navidad, a partir del 4 de agosto de 2012**, previo descuento del valor de los aportes pensionales no realizados sobre los factores certificados, en la proporción correspondiente al trabajador, si a ello hubiere lugar.

TERCERO: Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

QUINTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 30 de junio de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>038</u>  _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario
--